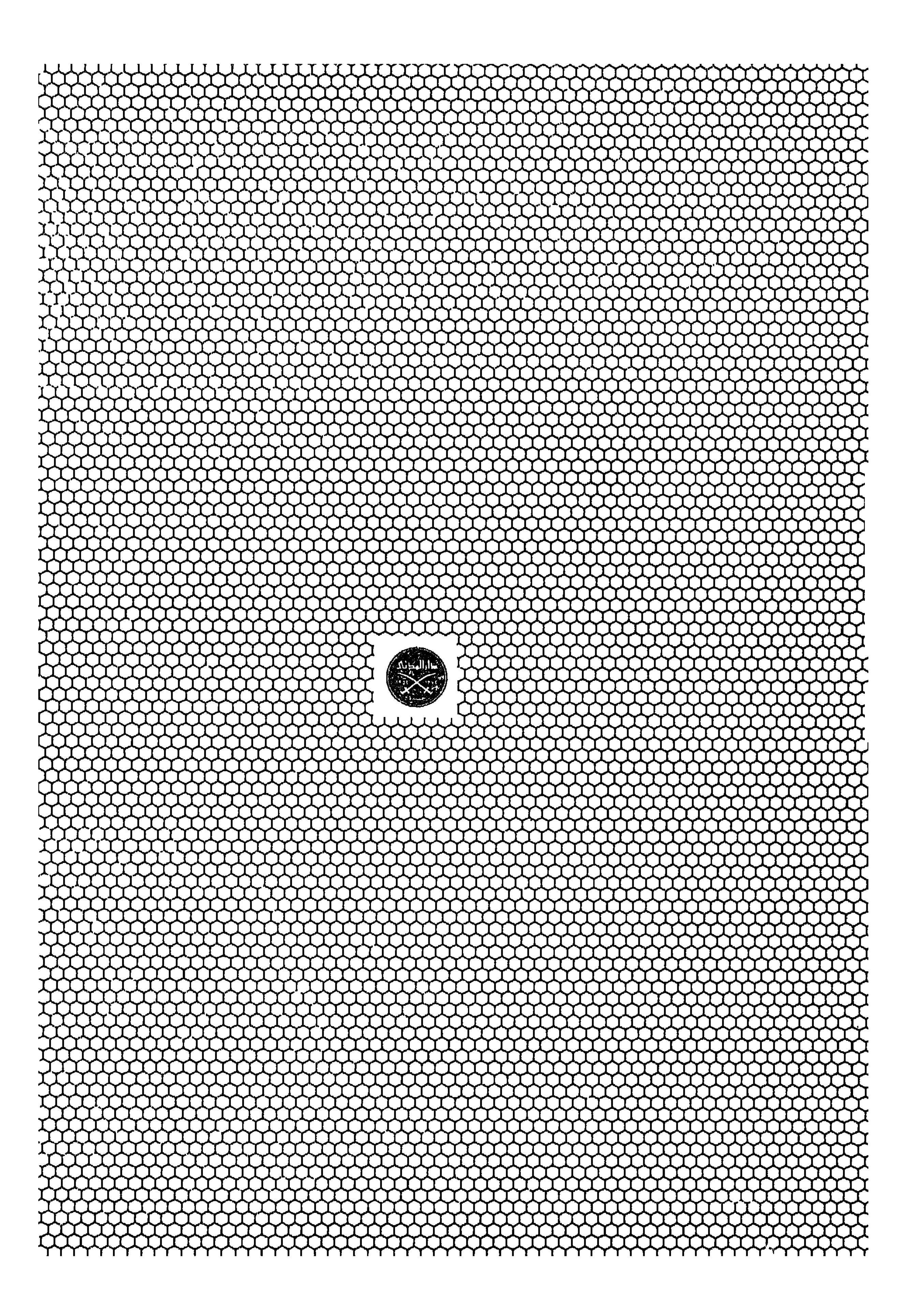
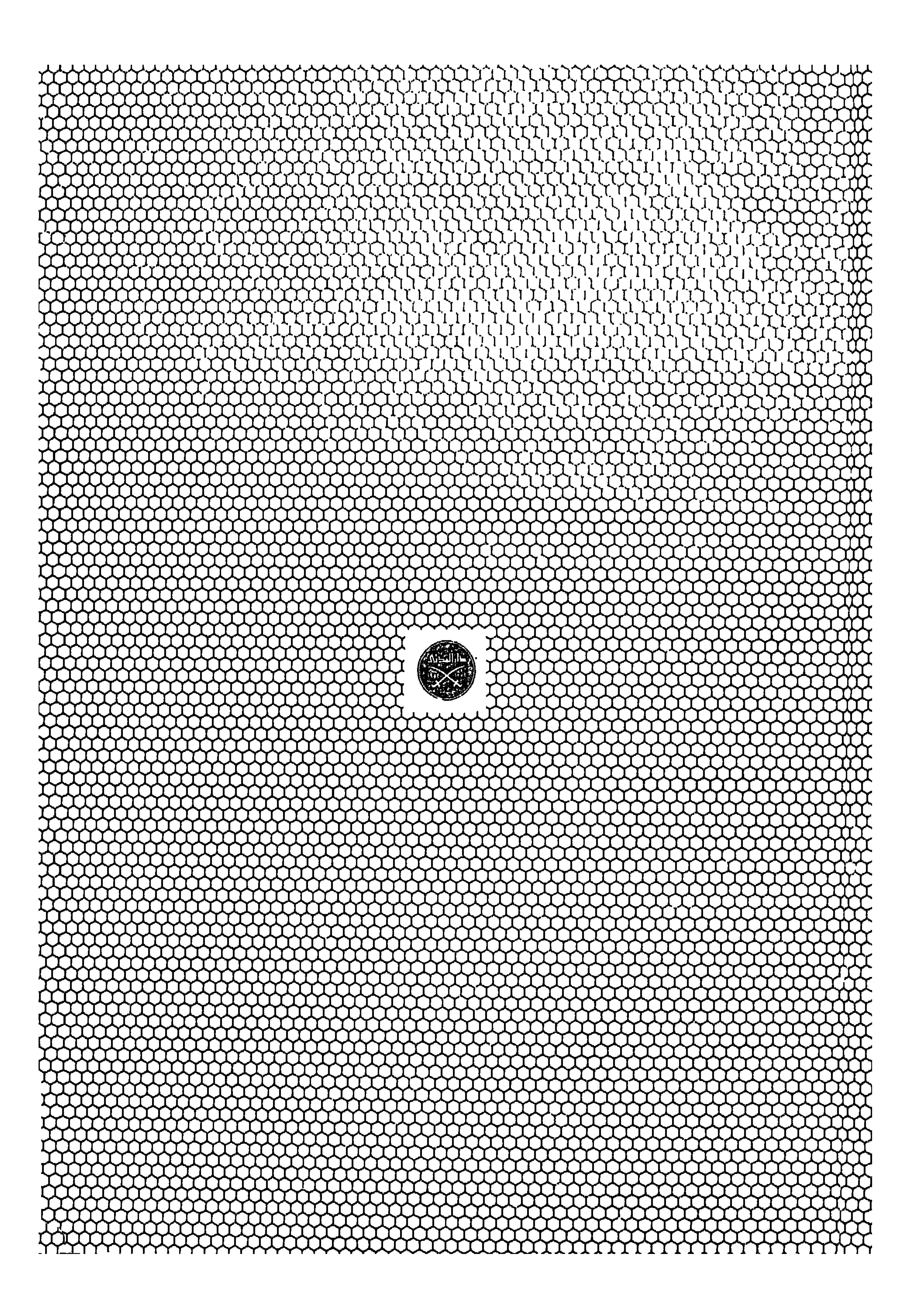
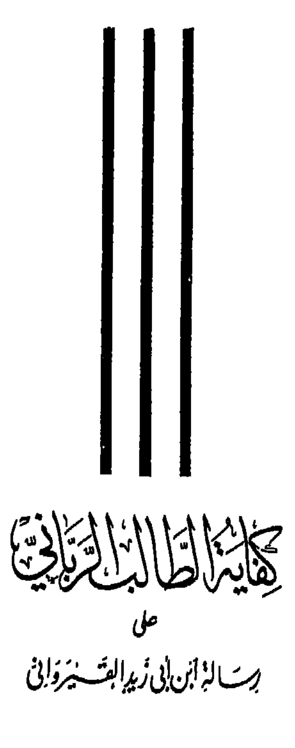
كفاية الطالب الرباني

على

رسالة ابن أبي زيد القيرواني






كفاية الطالب الرباني
على
رسالة ابن أبي زيد القيرواني

بسم الله الرحمن الرحيم

اهداءات ٢٠٠٢

ا/ عمر ذكريا

كفاية الطالب الرباني

على

رسالة ابن أبي زيد القيرواني

تأليف

العلامة علي بن خلف المنوفي المالكي المصري

(٨٥٧ - ٩٣٩ هـ)

وبالهامش

حاشية العدوي

للعلامة الشيخ علي الصعيدي العدوي المالكي المصري

الجزء الثالث

حققه وفصله ونسقه وأعد فهارسه

أحمد حمدي إمام

أشرف على طبعه وراجعه

المستشار

السيد علي الهاشمي

صف هذا الكتاب بطريقة الجمع التصويرى بمكتبة الخانجى

الطبعة الأولى

١٤٠٩ هـ = ١٩٨٩ م

الإيداع : ٨٧/٤٦٨٤

مطبعة المدني

المؤسسة السعودية بمصر

١٨ شارع العباسية - القاهرة . ت . ٨٢٧٨٥١١

بسم الله الرحمن الرحيم

[باب الجهاد]

(بابٌ في) حكم (الجهَاد) وبعض فروعه . وهو لغة : مأخوذ من الجَهد - بفتح الجيم - أي : التعب والمشقة .

واصطلاحا : قتال مسلم كافرا غير ذي عهد لإعلاء كلمة الله ، أو حضوره له ، أو دخوله أرضه له .

(بـاب في الجهاد)

عقبه بالأضحية وما معها ، جريا علي عادة أهل المذهب ، حيث ألحقوه بالعبادات اعتبارا بقصد المجاهد ، والشافعية ألحقوه بالجنايات باعتبار أنه جناية علي الكفار لكفرهم .

قوله : (وبعض فروعه) فيه ما تقدم ، وفيه إشارة إلي أنه لم يستوف كل الفروع .

وقوله : (وهو لغة مأخوذ) أي معني مأخوذ من الجهد ، أي : زيادة تعب ومشقة ، مأخوذ ذلك من مطلق التعب والمشقة ، أي : أمر ملحوظ من ذلك الباب ، أي من أفراده ، وليس مراده : أن لفظ الجهاد الذي هو مصدر مزيد ، معناه لغة لفظ مأخوذ من المصدر المجرد ، كما هو المتبادر من التعبير بالأخذ .

قوله : (بفتح الجيم) أي : وأما بالضم فهو الطاقة ، أفاده المصباح .

وقوله : (والمشقة) عطف تفسير - وليس فيه جهد - بكسر الجيم - وبعد كتبي هذا ، رأيت الفاكهاني قال ما نصه : والجهاد مأخوذ من الجهد وهو : التعب ، فمعني الجهاد في سبيل الله : المبالغة في إتعاب النفس في ذات الله ، وإعلاء كلمته التي جعلها الله طريقا إلي الجنة اهـ فلله الحمد .

قوله : (كافرا غير ذي عهد) خرج : قتال الذمي المحارب ، علي المشهور من أنه غير نقض .

وقوله : (لإعلاء كلمة الله) يقتضي : أن من قاتل للغنيمة ، أو لإظهار الشجاعة وغيرها ، لا يكون مجاهدا ، فلا يستحق الغنيمة حيث أظهر ذلك ، ولا يجوز له تناولها حيث علم من نفسه ذلك ، وبحث فيه عج : بأن من قاتل العدو لأجل الغنيمة يحكم له بحكم

وله فرائض يجب الوفاء بها ، وهي : **طاعة الإمام** ، **وترك الغلول** ، **والوفاء بالأمان** ، **والثبات عند الزحف** ، وأن لا يفر واحد من اثنين .

وهو قسمان : فرض عين ، وفرض كفاية . فيتعين لفك الأساري ، وبالنذر ، وباستنفار الإمام ، وبفجء العدو مَحِلَّة قوم — علي ما سينص عليه في باب جُمل ؛

المجاهد ، بإعطاء حظه من الغنيمة وغير ذلك ، والقتال لإعلاء كلمة الله إنما هو ليكون شهيدا اهـ .

وقوله : (أو حضوره ، أو دخوله أرضه له) بالرفع عطفا علي قتال ، وأشار به إلي أن الجهاد أعم من المقاتلة ، أو الحضور للقتال . والضمير في الحضور : يعود علي القتال ، وضمير له : يعود علي إعلاء ، أو علي القتال . وضمير أرضه : يحتمل عوده علي الكافر ، وله : علي القتال ، ويحتمل أن الضمير الأول عائد علي القتال ، والثاني : للقتال أو لإعلاء الكلمة . ولم يقل لإعلاء كلمة الإسلام محافظة علي ذكر الجلالة في الرسم للبركة ، وإضافة الكلمة إلي الله علي معني الكلمة التي أمر الله بها : ﴿ وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ ﴾ [الذاريات : ٥٦] الآية .

قوله : (وهي طاعة الإمام) أي : أن الإمام إذا طلب منه أن يذهب إلي جهة للقتال فيها ، فإنه يتعين عليه أن يوافقه علي ما أمر به .

وقوله : (وترك الغلول) هو : الأخذ من الغنيمة قبل قسمها .

وقوله : (والوفاء بالأمان) أي : أنه إذا أمن كافرا فيجب له الوفاء به ، ولا يجوز له بعد ذلك أن يستبيح دمه . وسيأتي تفصيله .

قوله : (وأن لا يفر واحد من اثنين) تفسير لقوله : والثبات عند الزحف .

قوله : (فيتعين لفك الأسارى) أي : فيتعين لأجل فك الأسارى ، وفيه نظر : لأنه إذا احتيج في فكه لقتال الكفار ، صار فرض كفاية عليهم لا فرض عين ، كما نبه عليه عج .

قوله : (وبالنذر) أي : نذر أن يقاتل الكفار في سبيل الله .

قوله : (وباستنفار الإمام) يعني : أن الإمام إذا عين واحدا أو أكثر لقتال العدو ، فإنه يتعين عليه ذلك ، ولا يسعه المخالفة ، سواء كان مما يلي العدو أم لا ، كان ممن يخاطب بفرض الجهاد أم لا ، كالعبد ونحوه من صبي مطيق للقتال ، أو امرأة كان هناك مانع من منع أحد الأبوين ، أو رب الدين أم لا .

وقوله : (وبفجء العدو محلة قوم) يعني : أن العدو إذا فجأ مدينة قوم - مثلا فيتعين

وما عدا هذه الأربعة يكون فرض كفاية ، وإليه أشار بقوله : (والجِهَادُ فَرِيضَةٌ يَحْمِلُه بَعْضُ النَّاسِ عَنْ بَعْضٍ) لقوله تعالى : ﴿ لَّا يَسْتَوِي ٱلْقَاعِدُونَ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ – إلى قوله – وَكُلًّا وَعَدَ ٱللَّهُ ٱلْحُسْنَىٰ ﴾ [النساء : ٩٥] . فلو كان على الأعيان ، لما وعد الله القاعدين بالحسنى ؛ وتواتر فى السنة : أنه ﷺ أرسل قوما دون آخرين .

(وَأَحَبُّ إِلَيْنَا) أى المالكية (أَنْ لَا يُقَاتَلَ الْعَدُوُّ حَتَّى يُدْعَوْا إِلَى دِينِ ٱللَّهِ)

على كل أحد ، وإن لم يكن من أهل الجهاد كالمرأة والعبد ، فإن عجزوا عن الدفع عن أنفسهم ، فإنه يتعين على من بقربهم أن يقاتلوا معهم العدو ، ما لم يخف من بقربهم معرة العدو ، فإن كان ذلك بإمارة ظاهرة فليلزموا مكانهم .

قوله : (ما عدا هذه الأربعة يكون فرض كفاية) يعنى : أن الجهاد كل سنة مرة واحدة فرض كفاية ، ولو مع خوف المحارب ، كان فى طريق المجاهدين أو على حدة ، يسقط بفعل البعض . فيجب على الإمام ، أو على عموم الناس إن لم يكن إمام أن يعين طائفة من المسلمين لجهاد الكفار فى كل سنة ، ويكون فى أهم جهة للعدو مع قلة خوف غيرها ، وإن تساوى الطريقان خوفا ، فالنظر للإمام فى الجهة التى يذهب إليها ، إن لم يكن فى المسلمين كفاية لجميع الجهات ، وإلا وجب سد الجميع .

وقولنا : فرض كفاية ليس المراد على جميع الناس بل هو فرض كفاية : على الحر ، الذكر : المحقق ، العاقل ، البالغ ، القادر – لا على أضدادهم – وكما يتعلق الوجوب بالمسلمين يتعلق بأهل الذمة الذين تحت ذمتنا ، فيطلبون بمجاهدة أهل الحرب الكفار .

وفرض الكفاية عرف : بأنه مهم يقصد حصوله من غير نظر إلى فاعله بالذات مع الإثم بتركه ، فخرج : سنة الكفاية ، وما ندب كفاية ، واختلف فيمن أسقط عنه الفرض بقيام غيره ، هل له أجر أم لا ؟ قولان قاله ابن عمر .

قوله : (وكلا وعد الله الحسنى الخ) أى : المثوبة الحسنى وهي الجنة .

قوله : (العدو) قال فى المصباح : والعدو خلاف الصديق الموالي ، والجمع أعداء ، وعدى بالكسر والقصر ، ثم قال : وقال فى مختصر العين : يقع العدو بلفظ واحد على الواحد المذكر والمؤنث والمجموع اهـ .

فقول المصنف : (حتى يدعوا) بالجمع نظراً لكون العدو هنا واقعا على جماعة .

وهو : شهادة أن لا إلٰه إلا الله وأن محمدا رسول الله . ثلاثة أيام متوالية ، وقيل : ثلاث مرات فى يوم .

(إِلَّا أَنْ يُعَاجِلُونَا) أي : يبادرونا بالقتال ، فإن الدعوة حينئذ لا تستحب بل يجب قتالهم ، وتسقط الدعوة لأنها حينئذ تؤدي إلى استئصال المسلمين ؛ هذا ما يعطيه ظاهر لفظه . وما ذكره من استحباب الدعوة أوّلا ليس صريحا فى المذهب ، فإنهم نقلوا فى الدعوة أربعة أقوال : **الوجوب** مطلقا لمالك فى المدونة ، **وعدمه** له فى غيرها ، وله فيها أيضا **تجب** فيمن بعدت داره دون من قربت داره ،

قوله : (وهو شهادة) فيه شيء ، فالأحسن أن يقول : حتى تدعى كل فرقة إلى الخروج عما كفرت به ، فيدعى إلى الشهادتين من لم يقر بمضمونهما ، ويدعى إلى عموم رسالة المصطفى من ينكر العموم ، والحاصل أن المراد : يدعون بما يحصل به دين الإسلام المعتبر على طريق الإجمال من غير تفصيل الشرائع ، إلا أن يَسألوا عنها فتبين لهم .

قوله : (ثلاثة أيام متوالية) أي : كل مرة فى يوم ، وظاهر كلام بعض : أن كل مرة فرض ، أي : خلاف طريقة المصنف ، فإذا دعوا فى اليوم الثالث أوَّله ، قوتلوا أول الرابع بغير دعوة ، لا فى بقية الثالث لأن حكمهم كالمرتد فى ذلك ، فتدبر .

قوله : (وقيل ثلاث مرات فى يوم) هذا ضعيف .

قوله : (إلى استئصال المسلمين) أي : إهلاكهم ، قال فى المصباح : واستأصلته قلعته بأصوله ، ومنه قيل : استأصل الله الكفار أي : أهلكهم جميعا .

قوله : (هذا ما يعطيه) المشار له قوله : فإن الدعوة لا تستحب ، والأَوْلى أن يقدمه على قوله : بل يجب ، كما هو ظاهر .

قوله : (ليس صريحا فى المذهب) أي : بحيث يكون متفقا عليه .

قوله : (فإنهم نقلوا فى الدعوة الخ) **أقول** : فحينئذ كان المناسب أن الضمير فى إلينا : عائد على المصنف .

قوله : (الوجوب مطلقا) هذا أرجح الأقوال .

قوله : (بعدت داره) أي : عن الإسلام .

وقوله : (دون من قربت داره) أي : فلا يدعون لعلمهم بالدعوة ، كذا رأيت .

والرابع : تجب فى الجيش الكثير . ج ، وجعل بعض من لقيناه قول الشيخ : وأحب إلينا قولا خامسا ، والأقرب عندى : أنه يرجع إلى القول الثانى ، لأن قائله إنما نفى الوجوب فقط ، يريد ويستحب ذلك للخلاف انتهى . وهذا الخلاف فى حق من بلغته الدعوة ، وأما من لم تبلغه الدعوة فلا خلاف فى وجوب دعوته .

وظاهر قوله : (فإمَّا أَنْ يُسْلِمُوا أَوْ يُؤَدُّوا الجِزْيَةَ) أنهم يخيرون بين الأمرين دفعة واحدة ، فإن أجابوا إلى أحدهما كف عنهم .

(وإِلَّا قُوتِلُوا) والذى فى الجواهر : وصفة الدعوة أن يعرض عليهم الإسلام فإن أجابوا كف عنهم ، وإن أبوا عرض عليهم أداء الجزية ، فإن أبوا قوتلوا ، وإن أجابوا طولبوا بالانتقال إلى حيث ينالهم سلطاننا ، فإن أجابوا كففنا عنهم ، وإن

قوله : (تجب فى الجيش الكثير) أي : الآمن أي : جيش المسلمين ، قال الفاكهانى وقول رابع : أنها تجب على الجيش الكثير الآمن اهـ . ولعل وجهه : أنه إذا لم يكن آمنا تكون الدعوة سببا لاستعداد الكفار ، فيكون ضررا للمسلمين خلاف ما إذا كان آمنا فلا يبالى ، أي : وأما إذا لم يكن آمنا فلا تجب بل تحرم ، هذا ما يظهر فى تقرير القولين .

قوله : (قولا خامسا) أى : فيكون الثانى قائلا بالإباحة فيما يظهر .

قوله : (للخلاف) أى : لمراعاة القول بالوجوب .

قوله : (وظاهر قوله أنهم الخ) زاد فى التحقيق : وليس كذلك إذ المذهب أنهم إنما يدعون على الترتيب اهـ . وقد يقال فى قوله : وظاهر ، نظر لأن قول المؤلف : فإما أن يسلموا الخ ليس بيانا للدعوة بمعنى أنهم يدعون للإسلام أو للجزية حتى يتوجه عليه ما ذكر ، وإنما هو إشارة لما يقع منهم فى جواب الدعوة ، فإذا دعوا للإسلام فإن أجابوا له فلا كلام ، وإن أجابوا للجزية قُبِل ذلك منهم ، لأنه إجابة للجزية بعد إباية الإسلام اهـ المراد من حاشية **عج** بالمعنى .

قوله : (والذى فى الجواهر الخ) وهو الراجح .

قوله : (أن يعرض عليهم الإسلام) أى : جملة من غير تفصيل الشرائع إلا أن يسألوا عنها فتبين لهم .

قوله : (عرض عليهم أداء الجزية) أي : إجمالا أي : إلا أن يسألوا عن تفصيلها .

أبوا قوتلوا . هذا كله مع الإمهال ، فلو عجلوا عن الدعوة قوتلوا دونها . انتهى .

ولقبول الجزية شرط أشار إليه بقوله : (وإِنَّمَا تُقْبَلُ مِنْهُمُ الجِزْيَةُ إِذَا كَانُوا حَيْثُ تَنَالُهُمْ أَحْكَامُنَا ، فَأَمَّا إِنْ بَعُدُوا مِنَّا فَلَا تُقْبَلُ مِنْهُمُ الجِزْيَةُ إِلَّا أَنْ يَرْتَحِلُوا إِلى بِلَادِنَا ، وَإِلَّا قُوتِلُوا) ع : ظاهر كلامه فى أهل العنوة وأهل الصلح ، وإنما هذا الشرط فى أهل العنوة ، وأما أهل الصلح فلا يشترط ذلك فيهم ، وتقبل منهم الجزية فى موضعهم ، لأنهم منعوا أنفسهم حتى صالحوا على أنفسهم وبلادهم ، وتكلم على الجزية أين تقبل منهم وسكت عن إسلامهم إذا أسلموا ؟ فنقول : سكت عنه لأن إقامتهم بدار الحرب لا تقدح فى إسلامهم ، وإنما كانت الهجرة

قوله : (هذا كله مع الإمهال) أى : ترك الكفار إيانا الخ منه نستفيد أن فى عبارة المصنف تقديما وتأخيرا تقديره : وأحب إلينا أن لا يقاتل العدو حتى يدعوا إلى دين الله ، فإما أن يسلموا أو يؤدوا الجزية وإلا قوتلوا ، إلا أن يعاجلوا فلا يدعوا إلى دين الله ، وقد ذكر ذلك فى التحقيق .

قوله : (عجلوا) من باب تعب أى : فلو أسرعوا لمقاتلتنا كافين عن دعوتنا أى : تاركين لها .

قوله : (قوتلوا دونها) أى : لأن الدعوة حينئذ حرام ، كما صرح بذلك بعض شراح خليل .

قوله : (ولقبول الجزية شرط) أي : وأما الإسلام فليس له شرط أى : إذا أجابوا للإسلام فيقبل منهم فى أى محل كان كما نبه عليه الشارح .

قوله : (فأما إن بعدوا الخ) لا يفيد المراد وهو : أنهم إذا كانوا بحيث لا تنالهم أحكامنا فإن الجزية لا تقبل منهم ، وهذا يوجد مع البعد وقد يوجد ضده معه ، كما فى عج .

قوله : (وسكت عن إسلامهم إذا أسلموا) أي : بالفعل .

قوله : (لا يقدح فى إسلامهم) أي : بالفعل ، لكن أنت خبير بأن شراح العلامة خليل قد سووا بينهما ، ونص البعض وإن لم يجيبوا للجزية أو أجابوا لها ، ولكنهم بمحل لا تنالهم أحكامنا فيه ، ولم يرتحلوا إلى محل يؤمن منهم على المسلمين ، أو أجابوا للإسلام ، وهم بمحل لا يؤمن منهم ، قوتلوا أي : أخذ فى قتالهم ، وإذا قدر عليهم قتلوا اهـ إلا أن يقال : كلام

واجبة قبل الصلح .

(وَالْفِرَارُ) بكسر الفاء أن يولى (مِنَ الْعَدُوِّ) ونيته أن لا يرجع إليه ، عده العلماء (مِنَ الكَبَائِرِ إِذَا كَانُوا) أي : العدو من الكفار (مِثْلَيْ عَدَدِ الْمُسْلِمِينَ فَأَقَلَّ) سواء كان المسلمون مثلهم فى القوة ، أو أشد ، أو جهل الأمر ، وهو المشهور ؛

شراحه محمول على ما إذا لم يسلموا بالفعل بل وعدوا بالإسلام فتدبر .

قوله : (واجبة قبل الصلح) المناسب أن يقول قبل الفتح ، وعبارة التحقيق توضح المقام ونصه : ولو أسلم قوم كفار ، فإن كانوا حيث تنالهم أحكام الكفار وجب عليهم أن يرتحلوا ، وإن لم يرتحلوا فهم عاصون لله ورسوله ، وإسلامهم صحيح لأن الهجرة إنما كانت من شروط صحة الإسلام قبل فتح مكة لقوله ﷺ : « لَا هِجْرَةَ بَعْدَ ٱلْفَتْحِ [1] » وكانت فى أول الإسلام لا يتم إسلام من أسلم حتى يرتحل إلى المدينة ، فلما فتح مكة قال : (لا هجرة بعد الفتح) .

قوله : (أو جهل الأمر) أي : فلم يعلم أنهم مثلهم فى القوة والشدة ، وقضية كلامه : أنه لو علم أنهم أضعف قوة من الكفار لجاز لهم الفرار حينئذ ، يفيده ما سيأتى من أن محل حرمة الفرار إذا كان فى ثباتهم نكاية للعدو ، وإلا جاز ، وإذا كانوا ضعافا [2] ليس فى ثباتهم نكاية للعدو فتدبر .

قوله : (وهو المشهور) راجع لقوله مثلي عدد المسلمين أي : أن المعتبر الضعف بحسب العدد لا القوة خلافا لابن الماجشون فإنه يقول : يلزم أن يثبتوا لأكثر من النصف ، إذا كانوا أشد من الكفار سلاحا وأكثر قوة وجلدا ، ولا يلزمهم أن يثبتوا لهم ، وإن كانوا أكثر من النصف إذا كان الكفار أشد منهم سلاحا وأكثر قوة وجلدا وخافوا أن يغلبوهم ، ورواه عن مالك .

تنبيه : اعلم أن محل حرمة الفرار ، إن بلغ المسلمون ضعفهم ، أو كانوا اثني عشر

---

(١) البخاري : ١٥/٤ و ٢٣ و ٧٥ و ٧٦ المطبعة الأميرية ١٣١٤ .
سنن أبى داود : ٧/٣ تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد المكتبة التجارية ١٩٥١ القاهرة – وأخرجه أيضا الإمام أحمد فى مسنده ، ومسلم فى الصحيح والترمذى وغيرهم .

(٢) (قوله وإذا كانوا ضعافا) لعله بأن كانوا اهـ .

وسواء كان للكفار مادة أم لا ، وقيدنا بقولنا : ونيته إلى آخره احترازا ممن إذا فر ونيته الرجوع ، بأن يفعل ذلك مكيدة له فإنه جائز ، لقوله تعالى : ﴿ إِلَّا مُتَحَرِّفاً لِّقِتَالٍ أَوْ مُتَحَيِّزاً إِلَى فِئَةٍ ﴾ [الأنفال : ١٦] المتحرف : هو الذى يُرى العدوّ الانهزامَ حتى يتبعه فيكر عليه ، والمتحيز : هو الذى يرجع إلى الأمير ، أو إلى جماعة بقربه يستعين بهم (فَإِنْ كَانُوا) أى العدو الكفار (أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ) أى مثلي عدد المسلمين (فَلَا بَأْسَ) (بـ)ـجواز (ذلكَ) الفرار من

ألفا – على ما سيأتى – أن يكون للمسلمين سلاح ، وأن لا تختلف كلمتهم ، فإن لم يكن معهم سلاح لم يحرم الفرار ، وكذا إذا اختلفت كلمتهم .

قوله : (وسواء كان الخ) الأحسن ما قاله بعض الشيوخ : من أن محل ذلك إذا لم يكن للكفار مادة ولا مدد للمسلمين ، وأما إذا كان العدو بمحل مدد ولا مدد للمسلمين ، فإنه يجوز الفرار ، وهذا جار فيما إذا بلغ المسلمون النصف ، أو كانوا اثنى عشر ألفا ، ويكفى بلوغهم هذا العدد ولو مع الشك أو الوهم ، ولا يشترط فى العدد المذكور كون الجميع ممن توفرت فيه شروط الجهاد بل لو كان فيهم عبيد وصبيان ، لكن ينبغى أن تكون فيهم قدرة على الجهاد .

قوله : (احترازا مما إذا فرّ ونيته الرجوع الخ) لا يخفى أن المتحيز كالمتحرف فى عدم الحرمة ، فالأولى أن يشير إلى إخراجهما أولا ولا يقتصر على المتحرف .

قوله : (هو الذى يرجع إلى الأمير) أى : بشرط أن يكون المتحيز يخاف على نفسه خوفا بينا وقرب المنحاز إليه ، ولم يكن المنحاز أمير الجيش .

تنبيه : قيد بعضهم المسألتين أعنى : بلوغ المسلمين النصف أو اثنى عشر الآتية ، بما إذا كان فى ثباتهم نكاية للعدو ، وإلا جاز الفرار . فصار حاصل المسألة : أن الحرمة فى المسألتين مقيدة بأن يكون معهم سلاح ، وأن لا تختلف كلمتهم ، وأن لا يكون للكفار مادة ، ولا يكون للمسلمين ، وأن يكون فى ثباتهم نكاية للعدو .

قوله : (فلا بأس بجواز ذلك) لا حاجة لتقدير جواز فذكرها مضر ، واعلم أنه اختلف : هل الأفضل حينئذ الفرار أو الثبات ؟ أو إن كان الإمام فالفرار فى حقه أفضل ؟ وإن كان غيره فالثبات أفضل ؟ على ثلاثة أقوال ، قاله **عج** فى حاشيته .

العدو ؛ وظاهره ولو بلغ المسلمون اثنى عشر ألفا ، وهو كذلك فى النوادر عن سحنون ، ونقل ابن رشد عن جمهور أهل العلم وارتضاه : أن المسلمين إذا بلغوا اثنى عشر ألفا لا يجوز لهم الفرار وإن كان الكفار أكثر من مثليهم ، وقيد به بعضهم كلام الشيخ ، واعتمده صاحب المختصر (وَيُقَاتَلُ الْعَدُوُّ) بالبناء للمفعول ، أي ويجب على من تعين عليه الجهاد أن يقاتل العدو من الكفار (مَعَ كُلِّ بَرٍّ) بفتح الموحدة وهو الموفى بالعهود (وَ) مع كل (فَاجِرٍ) وهو الجائر فى أحكامه (مِنَ الْوُلَاةِ) أما مع الأول فظاهر ، وأما مع الثانى فلما صح من قوله ﷺ : « إِنَّ اللهَ لَيُؤَيِّدُ هَذَا الدِّينَ بِالرَّجُلِ الْفَاجِرِ » (١) ولأنه لو ترك القتال معه لكان ضررا على الإسلام (وَلَا بَأْسَ بِقَتْلِ مَنْ أُسِرَ مِنَ الْأَعْلَاجِ) جمع عِلْج وهو : الرجل من كفار العجم (ولا يُقْتَلُ أَحَدٌ) من العدو (بَعْدَ أَمَانٍ) كان الأمان من الإمام أو غيره

قوله : (أن المسلمين إذا بلغوا اثنى عشر ألفا الخ) قد تقدم أنها مقيدة بشروط .

قوله : (أى ويجب على من تعين عليه الجهاد) فيه نظر ، بل هذا جار فيمن يجب عليه كفاية وأما من يندب فى حقه الجهاد ، فهل يقاتل مع كل بار وفاجر أو لا ؟ قاله عج .

قوله : (وهو الموفى بالعهود) أى : العادل .

قوله : (وهو الجائر فى أحكامه) شامل لمن كان جوره بالغدر الذى هو عدم الوفاء بالعهد ، لكن اعتمد بعضهم عدم وجوب القتال معه ، ولمن كان فاسقا ، ولمن لا يعدل فى الخمس ، وهذا كله فى الجهاد الواجب ولو كفاية ، وأما ما يندب فقد تقدم التردد فيه ، وقد يقال لا وجه للقتال مع الجائر فى المندوب .

قوله : (ولا بأس بقتل من أسر فى الأعلاج) أي : إذا كان فى قتله مصلحة .

قوله : (وهو الرجل من كفار العجم الخ) قال فى التحقيق : أشار به لمن يقول لا تقتل الأسارى ، لأن ترك القتل أحسن اهـ أقول فقضية ذلك : أن قول المصنف : من الأعلاج فرض مثال ، فلذلك قال ابن الحاجب : وإن أسروا عربا أو عجما ، فالإمام مخير فى خمسة : القتل ، أو الاسترقاق ، أو ضرب الجزية ، أو المفاداة ، أو المن بالنظر اهـ قال خليل فى توضيحه :

---

(١) البخاري : كتاب الجهاد : ٧٢/٤ وأخرجه مسلم : كتاب الإيمان ، وابن ماجه فى سننه .

على المشهور ، لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْخَائِنِينَ ﴾ [الأنفال : ٥٨] ولما صح من قوله ﷺ : « يُنْصَبُ لِلْغَادِرِ لِوَاءٌ يَوْمَ ٱلقِيَامَةِ فَيُقَالُ هَذِهِ غَدْرَةُ فُلَانٍ » (١) (ولا يُخْفَرُ لهُمْ) أى للعدو (بعَهْد) والإخفار : نقض العهد ، وليس هذا تكرارا مع ما قبله ، فإن الأول خاص بالقتل ، وهذا عام فى القتل وغيره (وَلَا) يقتل (النِّسَاءُ وَ) لا (الصِّبْيَانُ) لما صح من نهيه عليه الصلاة والسلام عن قتلهم ، وكذلك لا يضرب عليهم الجزية ، ويتخير الإمام فيهم بين ثلاثة أوجه : الاسترقاق ،

حاصله : أنه يخير بين القتل والإبقاء ، فإن قتل فلا تفصيل ، وإن أبقى خيرٌ فى أربعة أوجه : الاسترقاق ، وضرب الجزية ، والمفاداة ، والمن . وقوله : بالنظر ، راجع للخمسة ، يعني : أن التخيير إنما هو بحسب المصلحة ، ومتى وجد فيها أحسن تعين ، وهذه الوجوه بالنسبة للرجال المقاتلة ، وأما الذرارى والنساء فليس إلا الاسترقاق ، أو المفاداة ، أو العتق ، فإن قلت : إذا كان المعتبر النظر فيما فيه مصلحة ، فأين التخيير ؟ والجواب : أن التخيير حيث رأى أن كلا من الأمور مصلحة ، ويحتمل أن يكون المراد من التخيير لازمه ، وهو عدم تعين واحد منها ابتداء .

قوله : (على المشهور) ومقابله : ما قاله ابن الماجشون : أمانه موقوف على نظر الإمام ، وهذا القول ذكره الشيخ بعد اهـ ابن ناجى .

قوله : (لواء يوم القيامة) أي راية ، كما قاله شارحو الحديث .

قوله : (هذه غدرة فلان) بفتح الغين المعجمة ، قال بعض : والمراد شهرته فى القيامة بصفة الغدر ليذمه أهل الموقف ، وفيه غلظ تحريم الغدر لاسيما من صاحب الولاية العامة ، لأن غدره يتعدى ضرره اهـ .

قوله : (ولا يخفر) بالبناء للمفعول من أخفر لا من خفر ، قال فى الصحاح : وأخفرته . إذا نقضت عهده .

---

(١) سنن ابن ماجه : ٩٥٩/٢ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباق . طبع الحلبى سنة ١٩٥٣ .
سنن أبى داود : ١٠٩/٣ بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد المكتبة التجارية ١٩٥٠ وأخرجه أيضا البخاري ومسلم .

والعتق ، والفداء (ويُجْتَنَبُ قَتْلُ الرُّهْبَان) جمع راهب وهو العابد (وَ) قتل (الْأَحْبَار) جمع حَبِرَ- بفتح المهملة وكسرها – وهو : الأفصح العالم ؛ وفى نسخة بدل الأحبار الأجراء . ويشترط فى عدم قتل الأولين على المشهور : أن ينقطعا عن أهل ملتهما حبسا فى دير ، أو صومعة ، ومعنى فلا يخالطاهم فى رأي ، ولا يعيناهم فى تدبير ومشورة ؛ ويكونان حرين لا يسترقان ، ويترك لهما ما يقوم بهما .

واختلف فى الزائد على ذلك – إذا كان مالا كثيرا – على قولين مشهورين ،

قوله : (ويجتنب قتل الرهبان) ليس النهى عن قتل الرهبان ونحوهم لفضل ترهبهم بل هم من الله أبعد من غيرهم لشدة كفرهم ، وإنما تركوا لتركهم أهل دينهم فصاروا كالنساء اهـ من تت .

قوله : (وهو الأفصح) أي : لأنه الذى رجحه صاحب الصحاح ، وصدر به صاحب القاموس ، ثم ذكر الفتح بعد ، واقتصر شراح الحديث على الفتح ، وكذا ثعلب .

قوله : (الأجراء) أي لا يجوز قتلهم ، ففى الشيخ زروق : المشهور عدم جواز قتل الفلاح ، والأجير ، والصانع ، إذا لم يقاتلوا وقدر عليهم ، وهذا عند ابن حبيب ، وعند سحنون : يقتلون ، وهو المفهوم من كلام خليل إذا لم يستثنهم ممن يجوز قتله اهـ ورأى بعض محققي شيوخ المذهب : أن هذا خلاف فى حال وأن من له رأي وتدبير من هؤلاء يقتل ، ومن لا رأي له لا يقتل .

قوله : (الأولين) لعله الآخرين أو أولين بالنسبة لقوله أو الأجراء ، فتأمل .

قوله : (ولا يعيناهم) عين الذى قبله .

قوله (فى تدبير) التدبير : النظر فى عواقب الأمور .

قوله : (ومشورة) الإعانة فى مشورة هي : أن يدل المستشار المستشير على ما فيه صلاحه .

قوله : (ويكونان حرين) وعلى قاتلهما دية حر تدفع لأهل دينهما .

قوله : (ويترك لهما ما يقوم بهما) أي : يترك لهم من أموالهم ما يعيشون فيه من أموالهم ، ولا تؤخذ كلها فيموتوا ، فإن لم يكن لهم مال ، فمن أموال الكفار ، فإن لم يكن للكفار مال وجب على المسلمين مواساتهم .

أحدهما وهو الأشهر : أنه لا يترك له . والثانى : أنه يترك له . ابن عبد السلام : وأكثر الروايات فيما رأيت : أنه يترك له ماله ؛ والتفصيل بين اليسير والكثير هو مذهب سحنون انتهى . والذى فى المختصر : أن جميع من سقط عنه القتل يترك له كفايته فقط .

وحكم المرأة إذا ترهبت حكم الرجل فى ذلك على المشهور .

واختلف فى مرجع الضمير من قوله : (إِلَّا أَنْ يُقَاتِلُوا) فقيل : عائد على جميع من تقدم من النساء ، والصبيان ، والرهبان ، والأحبار . وقيل : عائد على الرهبان وما بعده ، واستقرب لسلامته من التكرار مع قوله : (وَكَذلِكَ الْمَرْأَةُ تُقْتَلُ إِذَا قَاتَلَتْ) ظاهره كان ذلك فى حال القتال أو بعده ، وقيده ع بقوله : يعنى حال القتال ، وأما إذا برد القتال فلا تقتل ، وهذا أيضا إذا قاتلت بالسلاح ، وأما إذا قاتلت بالحجارة وغير ذلك فلا تقتل .

قوله : (وأكثر الروايات الخ) أى : الذي هو الثانى .

قوله : (والتفصيل بين اليسير) أى : فى كونه يترك له ، والكثير لا يترك له هو مذهب سحنون ، أي : الذى هو الأول .

وقوله : (والذى فى المختصر) أى : مقابلا له أنه يترك له كفايته فقط سواء كان الزائد مالا كثيرا أم لا ، فهو قول ثالث .

قوله : (أن جميع من سقط عنه القتل) أى : من شيخ فان ، وزمن ، وأعمى ، حيث لم يكن لهم رأى ولا تدبير ، أما إن كان لأحد من هؤلاء رأى قتل .

قوله : (حكم الرجل فى ذلك على المشهور) وقيل ليس حكمهن حكم الرجال ، فلا يتركهن ، ويجوز أسرهن ، إذ الرهبانية إنما يفعلها الرجال .

قوله : (من النساء والصبيان) أما النساء فيأتى الكلام عليهن ، وأما الصبيان فحكمهم حكمها وسيأتى .

قوله : (لسلامته من التكرار) ظاهر بالنسبة للمرأة فقط .

قوله : (وقيده ابن عمر الخ) من كلام هذا الشارح عن ابن عمر ، علم أن الصور ثمان وهي : إما أن تقتل أو لا ، وفى كل إما أن تكون بالسلاح أو بغيره ، وفى كل إما أن يقدر

(ويَجُوزُ أَمانُ أَدْنَى المُسْلمينَ) وهو الخسيس الذى إذا غاب لا ينتظر ، وإذا حضر لا يستشار (عَلَى بَقيَّتِهِمْ) فأمان الشريف أحرى بالجواز ؛ وهذا فى قوم مخصوصين . وأما أهل ناحية أو بلد فلا يعقد لهم الأمان إلا السلطان فإن عقده غيره نقضه إن شاء .

تنبيه: قال فى الجواهر ؛ وشرط الأمان أن (لا) [1] يكون على المسلمين ضرر ، فلو أمن جاسوسا ، أو طليعة ، أو من فيه مضرة لم ينعقد اهـ .

عليها حال المناشبة أو بعدها ، فمتى قتلت ، قتلت حال المقاتلة أو بعدها ، قتلت بسلاح أو بغيره ، ومتى لم تقتل ، قتلت حال المقاتلة بسلاح لا حالها بدونه ، ولا بعدها مطلقا ، فلا تقتل فى ثلاث ، وتقتل فى خمس ، ولكن الراجح مذهب ابن القاسم : أنها إذا قاتلت بسلاح ، تقتل مطلقا حال القتال وبعده ولو لم تقتل أحدا ، والصبي فى التفصيل – كالمرأة – ولو راهق .

قوله : (وهو الخسيس) المراد به : الذى ليس عدل شهادة ، لكن لابد أن يكون عدلا ، عارفا بمصلحة الأمان ، ولو خارجا عن طاعة الإمام .

قوله : (وهذا فى قوم مخصوصين) أي : فى قوم كفار مخصوصين .

قوله : (نقضه إن شاء) أي : كان له النظر ، كما ينظر فى التأمين الواقع من غير العدل ، أو الجاهل ، فإن رآه صوابا أمضاه وإلا رده ، وفهم من ذلك أن أمان الذمى لبعض الحربيين لا يجوز .

واعلم أن ثمرة الأمان العائدة على المؤمن : حرمة قتله ، واسترقاقه ، وعدم ضرب الجزية عليه ، إن وقع الأمان قبل الفتح ، وأما بعد الفتح فإنما يسقط به القتل فقط ، ويرى الإمام رأيه فى غيره .

قوله : (فلو أمن جاسوسا) الخ يقتل الجاسوس حينئذ إلا أن يرى الإمام استرقاقه أو يسلم .

قوله : (الطليعة) قال فى المصباح : الطليعة القوم يبعثون أمام الجيش يتعرفون طلع العدو بالكسر ، أي : خبره والجمع طلاع اهـ فهو بهذا الاعتبار مغاير للجاسوس .

---

(١) ساقطة فى المطبوعة ، ولابد منها رعاية للمعنى .

وينعقد الأمان بصريح اللفظ ، وبالكناية ، والإشارة المفهمة (وَكَذَلِكَ الْمَرْأَةُ) يجوز أمانها (والصَّبِيُّ) مثلها يجوز أمانه (إِذَا عَقَلَ الْأَمَانَ) أى : علم أن نقض الأمان حرام يعاقب عليه ، والوفاء به واجب يثاب عليه (وقِيلَ إِنْ أَجَازَ ذَلِكَ) أى أمان الصبي (الإِمَامُ جَازَ) وإن لم يجزه لم يجز .

ثم شرع يتكلم على الأموال المأخوذة من العدو ، وهى قسمان : **فىء** – وسيأتى – **وغنيمة** ، وإليه أشار بقوله : (وما غَنِمَ الْمُسْلِمُونَ) من العدو (بإِيجَاف) أى : تعب ، وحملات فى الحرب (فَلْيَأْخُذ الإِمَامُ خُمُسَهُ) يضعه إن شاء فى بيت المال ، أو يصرفه فى

قوله : (وينعقد الأمان بصريح اللفظ الخ) كأمنتك .

قوله : (والإشارة المفهمة) أى : يفهم منها الكافر الأمان تحقيقا أو ظنا ، وإن لم يقصد بها المشير الأمان بل ضده ، وكذا إذا قصد بها المشير الأمان فإنه يحصل بها الأمان ، وإن فهم منها الكافر ضد ذلك .

قوله : (وكذا المرأة الخ) والعبد قال فى المدونة : ويجوز أمان المرأة ، والعبد ، والصبي إن عقل الأمان ؛ وهذا قول الأكثر .

قوله : (وقيل إن أجاز ذلك) معناه : لا يجوز ابتداء ، ولكن إن وقع يمضى إن أمضاه الإمام وإن شاء رده ، وهذا القول لابن الماجشون ، إلا أن عبارة الشارح فيها قصور من حيث ترجيع اسم الإشارة للصبى فقط ، مع أن هذا القول يجعل مثل الصبى المرأة بل والعبد ، ولذلك رجع اسم الإشارة بعضهم إلى الصبي والمرأة ، وأما أمان الخارج عن الإمام المسلم الكبير الحر فيمضي ، ويجوز باتفاق ، وأما الذمي والخائف منهم ، فلا يجوز تأمينهما .

قوله : (بإيجاف) حقيقة أو حكما ، حقيقة واضح . وحكما : كما إذا نزل الجيش بلد العدو فهربوا منه فأخذ مالهم فإنه غنيمة ، هذا هو الراجح ، وما انجلى عنه أهله قبل خروج الجيش فىء ، وكذا ما كان بعد خروج الجيش وقبل نزوله بلد العدو ، كما ذكره الباجى . وهو مفهوم قوله بإيجاف .

قوله : (وحملات) جمع حملة وهى : الكرة فى الحرب ، كما فى القاموس .

قوله : (فليأخذ الإمام خُمُسَهُ) هذا من الجهات السبعة التى يختص بها بيت المال ، ومنها الجزية والفىء ، والمال الموروث ، والمال الضال صاحبه ، والمراد به : المجهول ، وقد نظمها بعضهم فى قوله :

مصالح المسلمين من شراء سلاح وغيره ، مما يراه مصلحة للمسلمين ؛ وإن شاء قسمه ، فيدفعه لآل النبى ﷺ ، أو لغيْرهم ، أو يجعل بعضه فيهم ، وبقيته فى غيرهم ، وهذا ، إذا كان الذى غنموه غير أرض من كراع ، وقماش ، وعبيد ، ومال ، وحنطة . وأما الأرض فلا تخمس ، ولا تقسم على المشهور بل توقف ، ويصرف خراجها فى مصالح المسلمين .

جهات أموال بيت المال سبعتها فى بيت شعر حواها فيه كاتبه
خمس وفىء خراج جزية عشر وإرث فرض ومال ضل صاحبه

أى لم يعرف صاحبه اهـ فيبدأ من ذلك بآله عليه الصلاة والسلام ندبا ، ثم يصرف للمصالح أى العائد نفعها على المسلمين : كبناء المساجد ، والقناطر ، والغزو ، وعمارة الثغور ، وأرزاق القضاة .

قوله : (يصرفه فى مصالح المسلمين) هذا التفصيل بذاته فى ابن ناجى .

قوله : (مما يراه مصلحة الخ) أى : كبناء المساجد ، والقناطر ، وعمارة الثغور ، وأرزاق القضاة ، وغير ذلك .

قوله : (وإن شاء قسمه فيدفعه لآل النبى صلى الله عليه وآله وسلم) قسمة بينهم ، فصح كون الدفع لآل من أفراد القسمة ، ومحل كونه – يدفعه كله لآل النبى صلى الله عليه وآله وسلم – إذا كانوا يستحقونه بتمامه .

وقوله : (أو لغيرهم) أى : فيقسمه بين الغير : كالعلماء ، والقضاة ، ومحصله : أنه يخير فيه بين أربعة أمور .

قوله : (من كراع) بوزن غراب الخيل كما فى المصباح .

قوله : (فلا تخمس ولا تقسم الخ) وقيل : يتحتم قسمها ، وقيل : يقسمها إن رأى ذلك .

قوله : (بل توقف) أى : أنها بمجرد الاستيلاء عليها تصير وقفا ، ولا تحتاج لحكم حاكم ، وقصده الأرض التى ليست بموات ، أى : أرض الزراعة ، وكذا الدور التى صادفها الفتح ، فتصير وقفا كأرضها ، ولكن لا يؤخذ للدور كراء ، فليست كأرض الزراعة ، فإذا انهدمت تلك الأبنية ، وبنى أهل الإسلام دورا غيرها فهذه الأبنية لا تكون وقفا ، ولو قسمت الأرض التى ذكرنا أنها توقف ، فيمضى حيث قسمها من يرى قسمها ، ومذهب مالك : أن مكة فتحت عنوة كمصر .

(وَ) بعد أن يأخذ الإمام خمس المغنم . (يَقْسِمُ الْأَرْبَعَةَ الْأَخمَاسِ) الباقية (بَيْن أَهْلِ الجَيشِ) المجاهدين بشروط تأتي (وَقَسْمُ ذلكَ) أي : ما غنمه المسلمون (بِبَلَدِ الحَرْبِ أَوْلي) أي : مستحب لفعله عليه الصلاة والسلام ذلك ، والصحابة بعده ، ولأن فيه نكاية للعدو . وهذا إذا أمنوا كر العدو ، وكان الغانمون جيشا ، أما إن كانوا سرية من الجيش ، فلا يقسموا حتي يعودوا إلي الجيش .

قوله : (يقسم الأربعة الأخماس الباقية) وهل يجب عليه أن يبيع الأربعة الأخماس ليقسم أثمانها ، لأنه أقرب للمساواة لما يدخل التقويم من الخطأ ، إلا أن لا يجد من يشتري ، فيقسم الأعيان ، أو لا يجب البيع بل يخير ، فإن شاء باع وقسم الثمن ، وإن شاء قسم الأعيان بحسب ما يراه من المصلحة ؟ قولان ، واعترض بعضهم الأول : بأن بيعها ببلد الحرب ضياع ، لرخصها هناك ، وأجيب : بأن رخصها يرجع لهم ، لأنهم هم المشترون وهم أحق برخصها ، وهما جاريان في الخمس أيضا ، وعلي أن الإمام يقسم سلع الغنيمة لا أثمانها ، فيقسم كل صنف من سلع الغنيمة خمسة أقسام ، إن أمكن ذلك حسا باتساع الغنيمة ، وشرعا بأن لا يؤدي لتفريق أمّ من ولدها ، ويبقي النظر إذا كان في الغنيمة ثلاثة أصناف : صنف يمكن قسمه ، وصنفان كل واحد لا يمكن قسمه ، هل يجب ضمهما ولا يضمان لما يمكن قسمه أو لا ؟ واستظهر الأول .

قوله : (بين أهل الجيش) الإضافة للبيان ، أي : أهل هم الجيش .

قوله : (لفعله عليه الصلاة والسلام) لا يخفي أن فعله ﷺ لا ينتج خصوص الاستحباب في حد ذاته ، أي : ولأن فيه تطييب قلوب المجاهدين لما فيه من إدخال السرور عليهم وزيادة الحفظ ، لأن كل من ميز نصيبه يشتد حرصه عليه .

قوله : (ولأن فيه نكاية) معطوف علي قوله لفعله الخ حاصله : أن فعله في ذاته بقطع النظر عن الالتفات لحكمه مفيد للاستحباب ، كما ادعي ، وكونه فيه نكاية للعدو علة أخري مقتضية للاستحباب ، ويمكن أن يعلل فعله ﷺ بكونه فيه نكاية .

وقوله : (للعدو) المناسب نكاية في العدو ، لقول المصباح : نكأت في العدو .

وقوله : (كر العدو) أي : رجوع العدو .

وقوله : (سرية) السرية : القطعة من الجيش ، ففعيلة بمعنى فاعلة ، لأنها تسري في خفية ، قاله في المصباح . وسكت عن مفهوم الشرط الأول وهو ظاهر .

(وإِنَّمَا يُخَمَّسُ وَيُقْسَمُ مَا أُوجِفَ) أي حمل (علَيْه بالْخَيل وَ) بـ (الرِّكَابِ) أي : الإبل (وَمَا غُنِمَ بِقِتَالٍ) فأما ما أخذ بغير إيجاف ولا قتال فهو الفيء ، وحكمه : أنه لا يخمس ، ولا يقسم ، بل النظر فيه للإمام مثل خمس الغنيمة ، إن شاء صرف جميعه في مصالح المسلمين ، وإن شاء قسمه كما تقدم في الغنيمة .

تنبيه : ظاهر كلامه : أنه يخمس ويقسم كل ما أوجف عليه ولو أرضا أو أساري ، وليس كذلك ، أما الأرض فالمشهور فيها ما قدمنا ، وأما الأساري فالإمام مخير في الرجال بين خمسة أوجه : القتل ، والمن ، والفداء ، والاسترقاق ، والجزية . وأما النساء والصبيان فقد قدمنا أن الإمام مخير فيهم بين ثلاثة أوجه : المن والفداء ، والاسترقاق .

تنبيه : نص ابن فرحون : علي أنه لابد من الحاكم عند القسم ، إذ لو فوض ذلك لهم لدخلهم الطمع ، وأحب كل لنفسه من كرائم الأموال ما يطلبه غيره ، وهو مؤد للفتن .

قوله : (وإنما يخمس) أي : يجعل خمسة أقسام .

وقوله : (ويقسم) أي : كل منها ، ولا يستغني عن هذا بما تقدم من قوله وما غنم الخ ، لأن ما تقدم ليس فيه حصر ، فتدبر .

قوله : (أي الإبل) ابن العربي : واحد الركاب : راحلة من غير لفظها .

قوله : (وما غنم بقتال) عطف عام علي خاص .

قوله : (فأما ما غنم بغير إيجاف ولا قتال) أي : بأن انجلى عنه أهله ، قال **تت** : كالمأخوذ ممن انجلي عنه أهله حين سماعهم بخروج الجيش إليهم .

قوله : (في مصالح المسلمين) كبناء القناطر الخ .

قوله : (وإن شاء قسمه كما تقدم في الغنيمة) أي : فيدفعه إما لآل النبي ﷺ ، أو لغيرهم ، أو يجعل البعض فيهم ، والبعض في غيرهم ، بقي ما يهرب به الأسير ، أو التاجر ، أو يأخذه المتلصص ، فيختص به ، وهو المسمي ، بالمختص ، فيختص به حائزه ، ولا يقسم ، ولا يوضع في بيت المال – لكن المسلم – حرا أو عبدا ، ذكرا أو أنثي – صغيرا أو كبيرا – يخرج خمسه ، وأما الذمي فلا .

قوله : (والمن) أي : يعتقهم ولا يأخذ منهم شيئا .

قوله : (والفداء) أى : بأن يتركهم فى مقابلة شىء يأخذه .

(ولَا بَأْسَ) بمعنى ويباح (أنْ يُؤْكَلَ مِنَ الغَنِيمَةِ قَبْلَ أَنْ يُقْسَمَ الطَّعَامُ وَالعَلَفُ لِمَنِ ٱحْتَاجَ إِلَى ذَلِكَ) سواء أذن له الإمام أم لا ، والمراد بالطعام : ما يؤكل لحما أو غيره ، ويلحق به الأنعام الحية للذبح ، على المشهور ، وعليه يرد الجلد للغنيمة إن لم يحتج إليه . والأصل فيما قال : ما فى الصحيح من قول ابن

قوله : (بمعنى ويباح) أي : فاستعمل لا بأس فيما فعله وتركه سواء ، بدليل قول صاحب المختصر : وجاز أخذ محتاج .

قوله : (أن يؤكل من الغنيمة) هذا إذا كانوا ممن يقسم لهم ، وأما من لا يقسم لهم : كالنساء ، والصبيان ، والعبيد ، فقولان .

قوله : (قبل أن يقسم الخ) روي قوله : أن يقسم بالتاء المثناة الفوقية ولا إشكال فيها ، وبالياء التحتية المثناة رعاية للمعنى ، لأن الغنيمة تشتمل على المال فيكون معناه المال .

قوله : (الطعام والعلف) نائب فاعل يؤكل ، والعلف جمعه : علاف – كجبل وجبال – قاله فى المصباح .

وقوله : (لمن احتاج إليه) أي : تلك الإباحة كائنة لمن احتاج إلى ذلك ، ومطلق الاحتياج كاف . وكذا يجوز له أخذ نعل ، وحزام معتاد لا مثل حزام الملوك ، وإبرة ، ومصلح الطعام من نحو : فلفل ، وكذا يجوز له أن يأخذ ثوبا للبسه ، وغرارة لطعامه ، أو حمل متاعه ، وسلاحا ، ودابة للقتل ، أو ليركبها لبلده ، بشرط أن ينوى عند أخذ ذلك أن يرده للغنيمة إذا فرغ من الانتفاع به ، وبلا نية أصلا كنية الرد ، وإذا فضل شيء كثير مما أبيح له الأخذ منه ، لا بشرط الرد وهو : ما عدا الثوب ، والسلاح ، والدابة ، وهو كما فى **عج** : ما زاد على الدرهم ، قال : ويعتبر كونه كثيرا أو يسيرا يوم وجوب رده لا يوم أخذه ، فإنه يلزمه أن يرده إلى الغنيمة إن أمكنه رده إليها ، فإن لم يمكنه لتفرق الجيش ، تصدق به كله لأنه كمال جهلت أربابه بعد إخراج الخمس ، وأولى رد ما فضل مما يأخذه بنية الرد كالثوب . وقولنا كثيرا احترازا من الشيء اليسير الذى لا بال له مما قيمته الدرهم ونحوه ، فإنه يباح له أكله ، ولا يرده للغنيمة لأنه فى حكم ما هو محتاج له .

قوله : (سواء أذن له الإمام أم لا) بل ولو نهاهم الإمام ، وقيده ابن رشد : بأن لا يأخذه بنية الغلول .

قوله : (ويلحق به الأنعام الحية للذبح على المشهور) أي : المأخوذة للذبح ، قضيته أن له مقابلا يقول بعدم الأخذ ، واعترضه الشيخ خليل بقوله : القول الآخر أي بالمنع لم أره معزوا .

عمر رضى الله عنهما : « كُنَّا نُصِيبُ فِي مَغَازِينَا اَلْعَسَلَ وَٱلْعِنَبَ فَنَأْكُلُهُ ، وَلا نَرْفَعُهُ » [١] ولما ذكر أن أربعة أخماس المغنم يقسمها الإمام بين أهل الجيش ، وكان لا يستحقها منهم إلا من اجتمعت فيه شروط ، شرع فى بيانها فقال :

(وإنَّمَا يُسْهَمُ لِمَنْ حَضَرَ القتاَل) المراد بالحضور : حضور المناشبة لا حضور المواجهة ، فإذا قامت الصفوف ولم يتناشب القتال فلا يسهم لمن مات حينئذ ، ويسهم لمن مات بعد انتشاب القتال (أَوْ تَخَلَّفَ عَن القتَال في شُغْل المُسْلمينَ منْ أَمْر جِهَادِهِمْ) ككشف طريق ، أو جلب عدد ونحو ذلك ، وكذلك يسهم لمن ضل عن الجيش في بلاد العدو بخلاف من ضل في بلاد الإسلام ، (و) كذلك (يُسْهَمُ للمَرِيض) إذا حصل له المرض بعد القتال أو في حال القتال ،

قوله : (كنا نصيب في مغازينا) أي : مع النبي ﷺ لقوله : ما في الصحيح ، فإنه يدل علي ذلك .

وقوله : (العسل والعنب) زاد أبو نعيم والفواكه ، والإسماعيلي والسمن .

قوله : (حضور المناشبة) المراد : المضاربة سواء قاتل أم لا .

قوله : (فلا يسهم لمن مات حينئذ) والفرق بين الميت قبل اللقاء والضال ، من أنه يسهم للثاني دون الأول ، أن الضال بنية الغزو واستمرت إلي الآن ، بخلاف الميت فإن نيته انقطعت بالموت .

قوله : (ككشف طريق) أي : ينظر هل الطريق التي في ناحية كذا فيها عدو أو لا ؟

قوله : (بخلاف من ضل في بلاد الإسلام) هذا بخلاف المذهب ، والمذهب : أنه يسهم لمن ضل في بلاد الإسلام ، وكذا من رد لها بريح ، فإن رد اختيارا فلا يسهم له .

قوله : (إذا حصل له المرض بعد القتال أو في حال القتال) فشهد أوله صحيحا ، ثم مرض واستمر يقاتل مريضا إلي تمام القتال ، هكذا حمل الحطاب كلام خليل أي : أو مرض بعد أن أشرف علي الغنيمة .

والحاصل : أنه يسهم له في ثلاث صور : ما إذا مرض بعد القتال ، أو في حال القتال

---

(١) البخاري : كتاب الجهاد ٤٦/٤ . سنن أبي داود : ٨٧/٣ . نصب الراية : ٤١٠/٣ .

أما لو حصل له قبل حضور القتال ، سواء كان ابتداء مرضه فى دار الحرب أو فى بلاد الإسلام ، فلا يسهم له .

(و) كذلك يسهم (لِلْفَرَسِ الرَّهِيصِ) إذا حصل له الرهص بعد القتال أو فى حال القتال ، وهو : داء يصيب الفرس فى حافره ، ع : ليس الرهص بشرط وكذا إذا مرض بغيره .

ولما ذكر أنه إنما يسهم لمن حضر القتال ، وكان الذى يحضره آدميا وغيره ، شرع يبين القدر الذى يسهم لكل منهما فقال : (وَيُسْهَمُ لِلْفَرَسِ) الواحد (سَهْمَان) واحترز بالفرس عن البعير ، والبغل ، والحمار ، فإنه لا يسهم لها ، وقيدنا بالواحد احترازا مما زاد عليه ، فإنه لا يسهم للزائد (و) يسهم (سهْمٌ) واحد

أى شهد أوله صحيحا ، ثم مرض واستمر يقاتل مريضا ، أو مرض بعد أن أشرف على الغنيمة . وأما لو خرج من بلده مريضا ، أو مرض قبل دخول أرض العدو ، أو بعده وقبل القتال ولو يسيرا ، واستمر مريضا فى الثلاثة لكنه قاتل فيها حتى انقضى القتال ، فقولان فى هذه الصور الثلاث فى الإسهام نظرا إلى كونه قاتل فى الجملة ، وعدمه نظرا إلى مرضه فكان حضوره كعدمه ، هذا ما يفيده الحطاب ، وهناك كلام آخر انظره فى شراح خليل .

قوله : (إذا حصل له الرهص الخ) قال **عج** : ويجرى فى مرض الفرس ما يجرى فى مرض الآدمى من التفصيل .

قوله : (ويسهم للفرس) أى : الذى يقدر به على الكر والفر ، فالعجوز الذى لا قدرة له على الكر والفر لا يسهم له ، وهو كذلك .

وقوله (سهمان) أى يسهم له سهمان ، ولو كانت فى السفينة ، ولصاحبها سهم واحد ، وظاهر المصنف ولو كانت الفرس لأمير الجيش ، أو الإمام الأعظم ، وجعل السهمين للفرس يفيد أنه يستحقهما – ولو كان الفارس عبدا – فيكونان لسيده ، وهو أحد التردّدين ، والآخر هما للفارس فلا يسهم له .

ولا فرق فى الفرس بين أن يكون صغيرا أو كبيرا ، ولو برذونا وهجينا .

والبرذون هو : الدابة من الخيل الغليظة الأعضاء الجافية الخلقة ، وأكثر ما تجلب من بلاد الروم ، ولها جلد على السير فى الشعاب ، والجبال ، والوعر ، بخلاف الخيل العربية وهى أضمر وأرق أعضاء .

والهجين من الخيل : من أبوه عربى وأمه رديئة ؛ وعكسه : مقرف .

وانظر هل يقيد الإسهام للفرس التى فى السفينة بما إذا احتمل قتالهم ببر ، ولو ببعض

(لِرَاكِبِهِ) فى كلامه تسامح ، فإن الراكب إنما يقال لراكب الإبل ، وأما راكب الفرس فإنما يقال له فارس ، ولراكب الحمار حمار ، والأصل فيما ذكر ما صح « أَنَّهُ صَلَّى الله عليه وسلم جَعَلَ لِلْفَرَسِ سَهْمَيْنِ ، وَلِلْفَارِسِ سَهْمًا » (١) .

(و) من الشروط التى يستحق بها القسم الحرية فـ(لَا يُسْهَمُ لِعَبْدٍ) قاتل أو لم يقاتل (و) منها الذكورية فـ(لَا) يسهم (لا مْرأَةٍ) قاتلت أو لم تقاتل (وَ) منها البلوغ فـ(لَا) يسهم (لصَبِيٍّ إلَّا) بشروط ثلاثة : (أَنْ يُطِيقَ الصَّبِيُّ الَّذى لَمْ يَحْتَلِمَ القتَالَ ، وَيُجِيزَهُ الإِمَامُ ، وَيُقَاتِلَ فَيُسْهَمُ لَهُ) والذى نقله بهرام عن المدونة وصرح بمشهوريته : أنه لا يسهم له قاتل أو لم يقاتل ، ومقتضى صنيع صاحب المختصر : أن ما ذكره الشيخ مشهور أيضا ، وظاهر

مكان ، أو عام كمسافر لمالطة ، مع علمهم بعدم مقاتلتهم ببر أصلا كما فى الزرقانى ؟

فقول المصنف (راكبه) غير قيد ، أو أن المراد براكبها : من أعدها للركوب ، أي : على تقدير الخروج للبر .

تنبيه : إنما كان للفرس سهمان ، لأنه يحتاج إلى مؤنة لخدمتها وعلفها ، وبأنه يحصل بها من الغناء فى الحرب ما لا يخفى .

قوله : (فإن الراكب إنما يقال الخ) فإن قلت : قوله تعالى : ﴿ وَٱلْخَيْلَ وَٱلْبِغَالَ وَٱلْحَمِيرَ ﴾ الآية [النحل : ٨] يعارض هذا ؟ قلنا : لعل الآية واردة على عرف اللغة ، وما هنا على مصطلح الفقهاء . وأحسن من هذا أن يقال : ليس فى الآية إطلاق اسم الفاعل على من يركب ما ذكر فيها ، وإنما فيها ذكر الفعل .

قوله : (أن يطيق القتال) أى : بأن راهق ، وأما إن لم يراهق فلا يسهم له باتفاق ، كما يفيده الفاكهانى ، أي : فقتاله ليس معتبرا فكالعدم .

قوله : (ومقتضى صنيع صاحب المختصر) أى : لأنه قال إلا الصبى ، ففيه : إن أجيز وقاتل خلاف .

قوله : (وظاهر الحديث) فإن قلت : لمَ عبر بظاهر دون صريح ؟ قلت لعل ذلك أنه يحتمل أن الحديث محمول على الصبيان الذين لم يقاتلوا .

---

(١) الموطأ : ٤٥٦/٢ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى ، طبع الحلبى سنة ١٩٥١ – صحيح البخارى : ٣٠/٤ ، ١٣٧/٥ طبع بولاق ١٣١٤ – صحيح مسلم ٨٤/٢ طبع الحلبى مسند أحمد : ٢١٠/٦ ، ١٠٣/٧ و ١٩٤ ، =

الحديث يدل للأول : وهو ما رواه ابن وهب : « أَنَّ النبى ﷺ لَمْ يُسْهِمْ لِلْعَبِيدِ وَلَا لِلنِّسَاءِ وَلَا لِلصِّبْيَانِ » [١] (و) منها أن يخرج بنية الجهاد فـ(ـلا) يسهم (للأَجِيرِ الخَاص) الذى ملكت منافعه كأجير الخدمة (إِلَّا أَنْ يُقَاتِلَ) واحترز بالخاص من الأجير العام كالخياط والخراز .

وبقى من الشروط ثلاثة : العقل ، والإسلام ، والصحة .

فالمجنون المطبق لا يسهم له اتفاقا ، وفيمن معه شيء من العقل قولان .

والذمى لا يسهم له اتفاقا إن لم يقاتل ، ولا إن قاتل على المشهور .

والزَّمِن الذى لا رأى له لا يسهم له (إلا) [٢] إن كان ذا رأى وتدبير .

قوله : (يدل للأول) أى : وهو عدم الإسهام ، فهو أول بالنسبة لقوله : ومقتضى الخ .

قوله : (فلا يسهم للأجير الخاص إلا أن يقاتل) ومثل الأجير : التاجر إذا قاتل ، كانت تجارته تتعلق بالجيش من مطعم وملبس أم لا . ومثل قتالهما ما إذا خرجا بنية الغزو ، وحضرا القتال ولو لم يقاتلا ، لأنهما كثرا سواد المسلمين ، وسواء كانت نية الغزو تابعة أو متبوعة أو على حد سواء . والسهم للأجير ويحط من أجرته بقدر ما عطل .

قوله : (كالخياط والخراز) أى : من يخيط ويخرز ولو بأجرة ، وفى كلام الشيخ **وتت** : أنه لا فرق بين الخاص والعام فى عدم السهم إلا أن يقاتل ، وهو ظاهر المختصر ، وهو الظاهر ، وما ذكره الشارح تبع فيه ابن عمر .

قوله : (وفيمن معه شيء من العقل قولان) قال البساطى : ظاهر عبارات المتقدمين أنه لا يسهم له . وقال ابن بشير : يسهم له . ابن عبد السلام : وهو ظاهر ، وربما كانت مقاتلته أشد من مقاتلة كثير من عقلاء الكفار .

قوله : (والزمن الذى لا رأي له الخ) أى : المُقعد – مثلا – يسهم له إذا كان ذا رأى لا إن لم يكن ذا رأى هذا معناه ، وهو ضعيف ؛ والمشهور : أنه لا يسهم له ولو كان ذا منفعة من تدبير وغيره .

= ١٩٣/٩ طبع المنية ، ودار المعارف بتحقيق أحمد شاكر – نصب الراية : ٤١٣/٣ دار المأمون ١٩٣٨ .

(١) انظر نصب الراية : ٤٢٠/٣ دار المأمون ١٩٣٨ فقد تكلم عن طرقه وتخريجه .

(٢) زيادة يقتضيها المعنى .

(وَمَنْ أَسْلَمَ مِنَ الْعَدُوِّ عَلَى شَيْءٍ فى يَدِهِ مِنْ أَمْوَالِ الْمُسْلِمِينَ فَهُوَ لَهُ حَلَالٌ) ج ظاهر كلامه : لو أسلم على أحرار المسلمين أنهم ينتزعون منه ، وهو المشهور ، وعليه يكون مجانا بغير عوض . وإذا أسلم على ذمى حر فى يده فعند ابن القاسم يكون رقا (وَمَن ٱشْتَرَى) من المسلمين بدار الحرب (شَيْئاً مِنْهَا) أي : من أموال المسلمين وكذا من أموال أهل الذمة (مِنَ الْعَدُوِّ لَمْ يَأْخُذْهُ رَبُّهُ) ممن اشتراه

والأعرج لا يسهم له إلا أن يقاتل راكبا أو راجلا ؛ وفى الزرقانى : وينبغى جريه فى الأعمى أيضا اهـ .

قوله : (ومن أسلم من العدو الخ) إذا كان المال المذكور يملكه بالأمان : بأن كان أخذه قبل دخوله إلينا بأمان ، لا ما أخذه من أموال المسلمين بعد دخوله إلينا بأمان ، فإنه يكون سرقة ينزع منه قهرا ، ومفهوم أسلم غير معتبر ، إذ لو دخل إلينا مع بقائه على كفره ، وفى يده شيء مما ذكر لم ينزع منه ، إلا ما سرقه من بلاد الإسلام لمسلم ، أو ذمى فى زمن معاهدته ، وخرج به ثم عاد به ، فإنه ينزع منه ومثل من أسلم على شيء فى يده : من ضربت عليه الجزية أو هُودِن .

قوله : (من أموال المسلمين) وأموال أهل الذمة أحرى ، كما قاله الأقفهسى .

قوله : (ظاهر كلامه) أى : لأنه قال : وفى يده من أموال ، والحر ليس بمال .

قوله : (وهو المشهور) وعن ابن شعبان : أنه يطيب لهم تملكهم ، ومثل الحر المسلم : اللقطة ، والحبس ، حيث ثبت أنه حبس ، لأن ما ثبت تحبيسه لمسلم لا يبطل تحبيسه بغنم الكفار له ، وأما ما احتمل أنه حبس فهل يملكه أم لا ؟ قولان .

قوله : (فعند ابن القاسم يكون رقا) وعند أشهب : يرد إلى ذمته ، والراجح كلام ابن القاسم .

قوله : (من العدو) وأما ما يفدى من اللصوص والغصاب ، فإن ربه يأخذه مجانا على أحد قولين ، والآخر بما فدى به ، واستحسنه ابن عبد السلام ؛ وكان الشبيبى يفتى به قائلا : إلا أن يكون لربها قدرة على الخلاص مجانا فلا شيء للفادى ، والقولان إذا قصد به الفادى ربه ، وأما لو افتداه لنفسه وقصد بذلك تملكه ، فلا يختلف أن لربه أخذه مجانا ، فإذا تنازع الفادى ورب الشيء فى الأخذ للتملك فالقول للفادى ، كما أفاده الخرشى فى الكبير .

(إِلاَّ بِالثَّمنِ) الذى أخذه به فى دار الحرب إن كان يحل تملكه له ، أما إذا كان لا يحل له تملكه كالخمر والخنزير ، فإن ربه يأخذه من غير شيء . وقيدنا كلامه بدار الحرب ، احترازا مما لو قدم به الكافر بلاد الإسلام ، فليس لربه أخذه لا بالثمن ولا بغيره ، قاله فى المدونة . ومثل الشراء : هبة الثواب ، بخلاف الهبة لله تعالى ، فإن لربه أخذه من غير شيء ، لأنه ملكه منهم بغير عوض (وَمَا وَقَعَ فِي المَقَاسِمِ مِنْهَا) أى من أموال المسلمين (فَرَبُّهُ أَحَقُّ به بالثَّمن)

قوله : (إلا بالثمن) وهو إما عين أو غيره ، فإن كان عينا أعطاه ما اشتراه به ، وإن كان عرضا فقال الأقفهسى : يعطيه المستحق هنا قيمة عرضه هناك ، ولا خلاف فى ذلك ، وإن كان مكيلا أو موزونا ، فإن أمكنه الرجوع إلى بلد الحرب أعطاه المثل هناك ، وإن لم يمكنه الرجوع أعطاه القيمة لتعذر المثل .

قوله : (أما إذا كان لا يحل له تملكه) أى : أما إذا كان الثمن لا يحل تملكه ، فالظاهر : أن هذا محمول على المشترى المسلم ، وأما إذا كان المشترى ذميا ، فلا يأخذه منه إلا بقيمته فتدبر .

قوله : (لو قدم به الكافر بلاد الإسلام) أى : باعوه بدار الإسلام بعد دخولهم إلينا بأمان ، فإنه يفوت على ربه .

قوله : (بخلاف الهبة لله الخ) يعنى : أن من دخل دار الحرب ، فوهبه حربى سلعة ، أو عبدا هرب لدار الحرب ، أو غار عليه الحربى ، فإذا قدم بذلك الموهوب له ، فإن ربه المسلم ، أو الذى يأخذه منه بغير عوض ، وما وهبوه بدارنا قبل تأمينهم ، حكمه : حكم ما وهبوه بدارهم . وأما ما وهبوه بدارنا بعد دخولهم إلينا بأمان ، فإن ذلك يفوت على ربه .

قوله : (وما وقع فى المقاسم) أي : جهلا بحالها ، احترازا مما لو قسم مع معرفة مالكه ، فإنه لا يمضى قسمه ، ولربه أخذه مجانا ، إلا أن يكون الإمام قسمه متأولا ، أو مقلدا قول بعض العلماء : إن الكافر يملك مال المسلم ، فلا يأخذه ربه إلا بالثمن ؛ فلو وجد فى الغنيمة مال مسلم أو ذمى ، ولم يعرف عين صاحبه ، ولا ناحيته ، فإنه يجوز قسمه .

هذا إذا وجده مع من اشتراه من الغنيمة ، أما إذا وجده فى يد من أخذه فى سهمه ، أو جهل الثمن ، فلا يأخذه إلا بالقيمة لتعلق حق الغير به (وَمَا لَمْ يَقَعْ فِي المَقَاسِمِ مِنْهَا فَرَبُّهُ أَحَقُّ به بِلَا ثَمَنٍ) وهذه التفرقة لمالك ، وعن ابن القاسم : لا يكون ربه أحق به مطلقا سواء كان قبل القسم أو بعده .

قوله : (هذا إذا وجده مع من اشتراه من الغنيمة) أى : وأثبته بالطريق الشرعى ، وهذا بناء على القول بالبيع ليقسم ، فلو بيع مرارا واختلفت أثمانه لا يأخذه إلا بالثمن الأول خاصة الذي بيع به ؛ ويراد بالمقاسم على هذا الحل المغانم ، تأمل .

قوله : (أما إذا وجده فى يد الخ) على القول بقسمة الأعيان ، تصدق بصورة : بما إذا قوم عليه ، أو أخذه بلا تقويم ، أو جهل ما قوم به ، ففى الأول يأخذه بما قوم به ، وفى الثانية والثالثة يأخذه بقيمته ، وفى هاتين الصورتين تعتبر القيمة يوم يأخذه ربه .

قوله : (وما لم يقع فى المقاسم) قصده : أن المسلم أو الذمي إذا وجد أحدهما متاعه فى الغنيمة قبل قسمتها ، وشهدت له البينة بذلك ، أو عرفه واحد من العسكر كما قال البرق ، وأبو عبيد لا يقسم ما عرفه واحد من العسكر ، فلا يتوقف ذلك على الثبوت ، لأنه إنما يستعمل فيما هو سبب للاستحقاق كالبينة ، فإنه يأخذه بغير عوض ، لكن بعد أن يحلف اليمين الشرعية أنه ما باع ولا وهب ، ولا خرج عن ملكه بناقل شرعى ، وأنه باق على ملكه إلى الآن ، فيستحق قبضه ، وأخذه . وتسمى هذه اليمين يمين الاستظهار ، وهى مكملة للحكم – هذا إذا كان صاحبه حاضرا – فإن كان غائبا حمل له إن كان الحمل خيرا له ، ويحلف أيضا ، وحمل له مع احتمال أن لا يحلف ، لأن الأصل فيمن له حق أن يحلف ، مع أن اليمين استظهار وهى مكملة للحكم . وقد قيل فيها : إنها غير واجبة ، وذكر عج عن ابن عرفة : أنه يدفع له من غير يمين ، وعليه كراؤه اهـ فإن زاد الكراء على قيمته ، فإنه يباع له ، لأنه إذا كانت المصلحة فى بيعه ، أو استوت مصلحة البيع والإرسال ، فإنه يباع لأجله .

قوله : (وعن ابن القاسم) ضعيف .

(ولا نَفَلَ) بفتح الفاء وسكونها ، وهو لغة : الزيادة ، وشرعاً : الزيادة على السهم ، وحكمه : أنه مباح ، لا يعطى (إلَّا) لمن له سهم فى الغنيمة ، ولا يكون من أصل الغنيمة ، وإنما يكون (من الْخُمُس على الاجْتِهَادِ من الإمامِ) لما روى ابن وهب : « أن رسول الله ﷺ إنَّمَا نَفَلَ يَوْمَ حُنَيْنٍ من الْخُمُسِ » [1] .

(ولا يكُونَ ذلكَ) النفل (قَبْل القَسْمِ) ويروى قَبل الغنيمة ، وعلى هذا لا يتصور إلا بالوعد بأن يقول – مثلا – : من قتل قتيلا فله سلبه ، وكلامه محتمل

قوله : (ولا نفل إلا من الخمس) الحصر إضافى ، أي : لا من الأربعة أخماس الباقية للمجاهدين ، فلا ينافى أن له أن ينفل من نحو الجزية أو غيرها مما يوضع فى بيت المال .

قوله : (وشرعا الزيادة) النفل إما كلى وإما جزئى ، فالكلى هو قول الإمام من قتل قتيلا فله سلبه ، والجزئى هو ؛ الشيء الذى يخص به الإمام بعض الجيش ، كأن يقول : خذ يا فلان هذا البعير ، أو هذا الدينار مثلا .

قوله : (وحكمه أنه مباح لا يعطي إلا لمن له الخ) يعنى : أن النفل فى الشرع هو : الزيادة من خمس الغنيمة ، فلا يعطيه لعبد ، ولا لصبى ، ولا لامرأة .

وقوله : (على الاجتهاد من الإمام) أى فلأمير المؤمنين أن يزيد الخمس لمن شاء من المجاهدين ما يرى زيادته ، إن كان لمصلحة : كقوة بطش الآخذ ، وشجاعته ، أو يرى ضعفا من الجيش فيرغبهم بذلك فى القتال ، لا لغير مصلحة ، فإن استووا نفل جميعهم أو ترك ، ولا ينفل بعضهم ، ولا بأس بالفضيل إن اختلف فعلهم .

قوله : (ولا يكون ذلك النفل قبل القسم) أى بل بعد القسم ، وهذا هو النفل الجزئى .

قوله : (ويروى قبل الغنيمة) أى : ولا يكون ذلك قبل الغنيمة ، فيفهم أنه يمكن أن يتصور أن يكون قبل الغنيمة ، لكن لا ينبغى .

وقوله : (بأن يقول) هذا السلب الكلى ، ويكون قوله : (من قتل قتيلا) أى : من يقتل قتيلا .

---

(١) الموطأ : ٤٥٦/٢ .

للمنع والكراهة ، وهما قولان لمالك ، وعلى المنع اختلف ، فقال سحنون وابنه : ينفذ لأنه حكم بما اختلف فيه أهل العلم ، وقال ابن حبيب : لا ينفذ لضعف الخلاف (والسَّلَبُ منَ) جملة (النَّفَل) فلا يعطيه الإمام إلا من الخمس على حسب اجتهاده ، وهو : ما يوجد

قوله : (وهما قولان لمالك) أى : ينهى الإمام أو أمير الجيش نهي كراهة أو تحريم . واقتصر بعض شراح خليل على الكراهة ، فيؤذن بقوته أن يقول قبل القدرة على العدوِ : من قتل قتيلا فله سلبه ، لأن ذلك يؤدى إلى إبطال نياتهم وإلى فسادها ، لأن بعضهم ربما ألقى نفسه فى المهالك لأجل الغرض الدنيوي ، فيصير قتاله لا ثواب فيه ، أما الجعل قبل انقضاء القتال من غير السلب من السلطان فلا بأس به ، وكذا بعد انقضاء القتال من السلب إذ لا محذور فيه ، ويكون معنى قوله من قتل قتيلا الخ : من كان قتل قتيلا .

قوله : (وعلى المنع الخ) أى : وإذا قلنا بعدم جواز قول الإمام قبل انقضاء القتال : من قتل قتيلا فله سلبه ، فإن وقع مضى لأنه حكم بما اختلف فيه إلا أن ينص على إبطاله قبل حوز المغنم ، فإنه يبطل حينئذ ، ولا شيء لمن قتل بعد ذلك من سلب المقتول ، وله سلب من قتله قبل الإبطال ، ولا يعتبر إبطاله بعد المغنم بل يستحق من فعل شيئا من الأسباب ما رتبه الإمام عليه .

قوله : (وقال ابن حبيب) ضعيف .

قوله : (الخلاف) أى : لضعف قول المخالف القائل بالكراهة ، هذا ظاهر العبارة والمعنى صحيح عليه ، لكن المراد ليس كذلك ، إذ المراد : لضعف القول بالجواز الموجود الذى ذكره بهران فى وسطه بقوله : وقال بعض الشيوخ بالجواز مطلقا .

فقول شارحنا (بما اختلف فيه) أى : بالمنع والجواز .

قوله : (والسلب من جملة النفل) أى : فيستحقه كل من قتل قتيلا بعد قول الإمام : من قتل قتيلا فله سلبه ، وإن لم يسمعه ، أو تعدد أى : فالنفل شامل للكلى والجزئى ، وأراد بالسلب الكلى ، ولا يخفى أنه من أفراد مطلق النفل .

قوله : (فلا يعطيه الخ) أى : لأن النفل لا يكون إلا من الخمس ، أى : لا من الأربعة الأخماس ، فكذا السلب .

مع القتيل من ثيابه ، وسلاحه ، وما شابهها من السلب المعتاد ، دون ما ينفرد بلباسه من عظماء المشركين : من سوار ، وتاج ، على المشهور : وكذلك العين على المشهور .

(والرِّباط) لغة : الإقامة ؛ وشرعا الإقامة فى الثغور لحراستها . فمن سكن الثغور بأهله وولده ليس بمرابط ، وإنما المرابط : من خرج من منزله معتقدا الرباط ، والثغور : موضع المخافة من فروج البلدان . وذكر فى باب جُمل : أنه واجب يحمله من قام به ؛ وذكر فى الباب الذى بعد هذا من نذره .

قوله : (من السلب المعتاد) أى : المعتاد وجوده مع المقتول حال الحرب : كفرسه ، ودرعه ، وسيفه ، ورمحه ، ومنطقته بما فيها من حلية ، وفرسه المركوب له ، أو الممسوك بيده ، أو بيد غلامه للقتال ، لا إن كانت مهيأة للزينة : كالجنيب ، فتكون غنيمة ، وذلك للذكر المسلم ، لاذمي قتل قتيلا ، إلا إذا أجازه له أمير المؤمنين ، فإنه يأخذ سلبه ، ويمضي ذلك ولا يتعقب ، ولا امرأة إلا أن يحكم بذلك لها فيمضى .

قوله : (على المشهور الخ) أى : خلافا لابن حبيب فى دخول ما ذكر من السوار ، والتاج ، والعين .

قوله : (لحراستها) أى : حراسة من بها ، وهو يشمل المال وغيره ، والذمي ، والمسلم ، وحراسة غيرها تتبع حراستها .

قوله : (فمن سكن الخ) لا يخفى أن هذا لا يتفرع ، لأن الإقامة للحراسة تجامع السكنى بالأهل ، والمراد جنس الثغور .

قوله : (بأهله الخ) الظاهر : أن المدار على السكنى بالأهل ، وإن أبقى الولد فى بلده ، وبعد هذا كله فهذا رواه ابن حبيب عن مالك ، وقضيته : أنه لو سكن بأهله وولده ، وكان الباعث له الرباط لا غير ، لا يسمى مرابطا . ورده الباجى قائلا : عندي أن من اختار استيطان ثغر للرباط فقط ، ولولا ذلك لأمكنه المقام بغيره ، مرابط اهـ وارتضاه بعضهم قائلا : ومن ثم اختار كثير من السلف سكنى الثغور .

قوله : (معتقدا الرباط) أى : قاصدا الرباط .

قوله : (من فروج البلدان الخ) جمع فرج ، يطلق على العورة ، وعلى الثغر ، وعلى

وتكلم هنا على فضله فقال : (فيه فَضْلٌ كَبيرٌ) روى بالمثلثة والموحدة ، والرباط أفضل من الجهاد ، وهو الراجح . روى البخارى أنه ﷺ قال : « رِبَاطُ يَوْمٍ فِي سَبِيلِ ٱللهِ خَيْرٌ مِنَ ٱلدُّنْيَا وَمَا فِيهَا » [1] واختلف : هل هو أفضل أو الجهاد ؟ (وذلك) الفضل المذكور متفاوت (بِقَدْرِ كَثْرَةِ خَوْفِ أَهْلِ ذَلِكَ الثَّغْرِ وَكَثْرَةِ تَحَرُّزِهِمْ مِنْ عَدُوِّهِمْ) وقِلة [2] ، الخوف والتحرز متلازمان ، فمتى اشتد الخوف اشتد التحرز .

موضع الخوف ، كما فى القاموس . ولما كان الفرج – بمعنى العورة – يأتي الخوف من جهته لكشفه ، فكذلك الفرج – بمعنى الثغر – يأتي الخوف من جهته لكشفه الذي هو عدم حراسته ؛ فأراد بالبلدان : بلاد الإسلام ، والثغر فرج لها بالمعنى الذى ذكرناه .

قوله : (روى بالمثلثة) أي فالعظم كمية .

وقوله : (والموحدة) أي : فالعظم كيفية ؛ وكل منهما صحيح لأنه عظيم كمية وكيفية .

قوله : (رباط) مصدر رابط ، وجْهُ المفاعلة فى هذا : أن كلا من الكفار والمسلمين ربطوا أنفسهم على حماية طرف بلادهم من عدوهم .

قوله : (خير من الدنيا) أي : ثواب رباط يوم خير من النعيم الكائن فى الدنيا .

قوله : (وما فيها) الذي فى البخارى : وما عليها ؛ قال شارحه : وما عليها كله لو ملكه إنسان وتنعم به ، لأنه نعيم زائل ، بخلاف نعيم الآخرة فإنه باق . وعبر « بعليها » دون فيها : لما فيه من الاستعلاء ، وهو أعم من الظرفية وأقوى ، وفيه دليل على أن الرباط يصدق بيوم واحد ، وكثيرا ما يضاف السبيل إلى الله والمراد به : كل عمل خالص يتقرب به إلى الله كأداء الفرائض والنوافل ، لكنه غلب إطلاقه على الجهاد حتى صار حقيقة عرفية فيه ، قاله القسطلانى . وهناك وجه آخر ذكره ابن حجر وهو : أن المعنى خير من ثوابها لو ملكها وتصدق بها ، وهل أراد من طلوع الفجر ، وهو الظاهر ، أو من طلوع الشمس ؟ .

قوله : (واختلف هل هو الخ) فقيل : هو أفضل ، لأن فيه حقن دماء المسلمين ،

---

(١) البخارى : كتاب الجهاد : ٣٥/٤ ومسلم : كتاب الإمارة سنن ابن ماجه : ٩٢٤/٢ .

(٢) فى المطبوعة : وقتله ، والذى أثبتناه هو الصواب الموافق للمعنى إن شاء الله .

(وَلَا يُغْزَى بِغَيْرِ إِذْنِ الْأَبَوَيْنِ) إذا كان مسلمين عند ابن القاسم ، وعند سحنون مطلقا ، مسلمين كانا أو كافرين (إِلَّا أَنْ يَفْجَأَ الْعَدُوُّ) أى : ينزلون (مَدِينَةَ قَوْمٍ) أو غيرها (وَيُغِيرُونَ عَلَيْهِمْ) أيْ على أهل المدينة (فَفَرْضٌ عَلَيْهِمْ)

وحقن دمائهم أفضل من سفك دماء المشركين ، وقيل : الجهاد أفضل ، لأن فيه الرباط ، وزيادة ، ولأن فيه سفك دماء المشركين . وتأول ابن رشد : أن ذلك بحسب الواقع ، وشدة الحاجة إلى الرباط وعدمها ، فلا يقال : إن أحدهما أفضل من الآخر على الإطلاق . وأفضل مدته أربعون ليلة لحديث ورد فيه ، ولا حد لأكثره . قال الشيخ فى شرحه : ويظهر لي فضل الجهاد على الرباط لمزية من ذهب للقتال على من مكث فى محل الخوف ، وأفضل العبادات أحمزها أي : أشقها .

قوله : (ولا يغزى الخ) اعلم : أن المعتبر الإذن باللسان والباطن ، فلا يجوز الخروج بمجرد إذنهما باللسان بل حتى يكون القلب كذلك ، فإذا أذنا – وهما يبكيان – لا يكون إذنا ، وإذا اختلفا فى الإذن وعدمه ، فلا يجوز الخروج حتى يتفقا عليه .

قوله : (الأبوين) أى : لا الجد والجدة .

قوله : (إذا كانا مسلمين) أي : لا الكافرين ، لكن قيده المواق : بما إذا علم أن منعهما منه إنما هو لكراهتهما إعانة الإسلام ونصرته ، وإلا كانا كالمسلمين .

قوله : (وعند سحنون) ضعيف .

تنبيه : العبد لا يغزو أيضا إلا بإذن سيده ، وكذلك من عليه دين حال عليه وهو قادر على وفائه الآن وإن كان يحل فى غيبته ، وكل من يقتضيه وإن لم يقدر على وفائه ، خرج بغير إذن ربه . انظر شراح خليل .

قوله : (أى ينزلون) الأوْلى أن يقول : أي ينزل ، لما تقدم أن العدو يطلق على الواحد وعلى الجمع .

قوله : (مدينة قوم) المدينة : المصر الجامع كما فى المصباح .

وقوله : (أو غيرها) أى : كالقرية .

قوله : (ويغيرون عليهم) عطف مغاير ، لأنه لا يلزم من النزول الإغارة . قال فى المصباح : وأغار على العدو : هجم عليهم ديارهم وأوقع بهم اهـ فقول المصنف : يغيرون بضم الياء .

أي : على أهل المدينة (دَفْعُهُمْ وَلَا يُسْتَأْذَنُ الْأَبَوَانِ فِي مِثْلِ هَذَا) لفظة مثل زائدة ، أى : لا يستأذن الأبوان فى هذا ، وقيل : ليست زائدة ، والمعنى : لا يستأذنهما فى هذا الجهاد إذا تعين ، ولا في مثله من فرائض الأعيان : كالصلاة ، والحج ، وطلب العلم فيما يخصه إذا لم يجد فى موضعه من يعلمه ذلك ، لأنه إنما يلزمه طاعتهما فى ترك المباحات والنوافل ، وأما الفرائض فلا .

قوله : (ولا يستأذن الأبوان فى مثل هذا) أي : فيجب على من له أب ، ومن لا أب له – عبدا كان أو حرا مديانا أو غير مديان – وعلى هذا ، فيسهم للعبيد هنا ، لأنهم مخاطبون بالجهاد ، لأننا إنما منعناهم من السهم لأنهم غير مخاطبين ، والآن قد خوطبوا ذكره فى التحقيق ، وذكر : أنه يجب على من يليهم أن يعينوهم ، وإن لم يكن فيمن يليهم من يقوم بهم ، فيجب على من يليهم أيضا حتى يقوم بذلك ، ويتعين على جميع المسلمين .

ومحل كونه فرضا عليهم : إذا كانوا مثلي عدتهم ، فإن كانوا أكثر من ذلك جاز لهم الفرار إلا أن يبلغوا اثنى عشر ألفا ، والقيود المتقدمة تأتى هنا . ولا يقال : إن ما تقدم فى الجهاد الكفائى وهذا عينى ، لأنا نقول : إذا حصل الشروع فى القتال صار عينا فى الموضعين بدليل حرمة الفرار .

قوله : (والمعنى الخ) أى : فقوله : فى مثل هذا أى : فى هذا ومثله .

قوله : (ولا فى مثله من فرائض الأعيان) إشارة إلى أن سائر فروض الكفاية لهما أو لأحدهما أن يمنعاه منها ولو علما كفائيا ، فلا يخرج له إلا بإذنهما حيث كان فى بلده من يفيده إياه ، وإلاخرج بغير إذنهما له ، بشرط أن يكون فيه أهلية النظر .

قوله : (فيما يخصه) أى : فى الذى يخصه أى : يتعلق به بالخصوص وهو العينى .

قوله : (فى ترك المباحات والنوافل) أى : لا الفرائض المعينة ، فلا ينافى أن الكفائى مثل النوافل .

قوله : (وأما الفرائض) أى : العينية .

[باب الأيمان والنذور]

(باب) فى بيان ما يجوز الحلف به من (الأَيْمَانِ) جمع يمين . وما لا يجوز ، وما يلزم منها ، وما لا يلزم (و) فى بيان ما يجوز من (النُّذُورِ) وما لا يجوز ، وما يلزم منها ، وما لا يلزم ، وغير ذلك .

واليمين بمعنى القسم . والحلف مؤنثة بلا خلاف .

وهى لغة : مأخوذة من اليمين التى هى الجارحة ، لأنهم كانوا إذا حلفوا وضع

(باب فى الأيمان والنذور)

قوله : (من الأيمان) أى : من متعلق الأيمان ، لأن المحلوف بها متعلق اليمين بالمعنى اللغوى أو الشرعى .

قوله : (وما يلزم الخ) عطف لازم على ملزوم ، لأنه يلزم من الجواز اللزوم ، ومن عدم الجواز عدم اللزوم .

قوله : (وما لا يلزم الخ) ليس نظير ما قبله ، لأن بعض النذور لا يجوز جوازا مستوى الطرفين ، ومع ذلك يلزم كما سيأتى .

قوله : (وغير ذلك) أى : الجائز وغير الجائز ، واللازم وغيره فى البابين ، كالكفارة .

قوله : (بمعنى القسم والحلف) أى : حال كونها بمعنى القسم ؛ والحلف مؤنثة ، ولا مفهوم له ، فاليمين فى الحلف والعضو مؤنثة ، كما صرح به **تت** ، وقال **تت** : واليمين ، والحلف ، والإيلاء ، والقسم ، ألفاظ مترادفة . والحلف بكسر اللام وسكونها ، كما أفاده بعض .

قوله : (مأخوذة) أى : مدلول لفظه منقول من اسم اليمين التى هى الجارحة ، أى : فاليمين فى الأصل اسم للجارحة ، ثم نقل إلى الحلف ، وحاصله : أن المعنى اللغوى لليمين الحلف ، وصرح به بعضهم ، وظاهره : أن الجارحة ليست معنى لغويا ، ومفاد المصباح : أن اليمين حقيقة فى الجارحة مجاز فى غيرها ، فقال : اليمين الجارحة ، وسمى الحلف يمينا ، لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه ، فسمى الحلف يمينا مجازا انتهى . ورأيت التعبير بالضرب فى كلام غيره .

أحدهم يمينه فى يمين صاحبه ، فسمى الحلف يمينا لذلك .

واصطلاحا : ما أشار إليه الشيخ بقوله : (وَمَنْ كَانَ حَالِفاً فَلْيَحْلِف بِٱللَّهِ) أيِ : باسم الله ، أو صفته الذاتية : كالوحدانية ، والقدم ، والوجود ، أو المعنوية : كالحياة ، والقدرة ، والإرادة .

قوله : (فسمى الحلف يمينا) أى : فالعلاقة بين المنقول عنه والمنقول إليه المجاورة فى الجملة ، أو اللزوم كذلك ، إلا أنه قال فى التحقيق : وسمى العضو يمينا لوفور قوته على اليسار ، ومنه قوله سبحانه وتعالى : ﴿ لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ ﴾ [الحاقة : ٤٥] أي : القوة انتهى .

قوله : (واصطلاحا الخ) ظاهر عبارته : أن المصنف أشار لتعريفه ، وليس كذلك ؛ وعرفه خليل بقوله : اليمين تحقيق ما لم يجب بذكر اسم الله ، أو صفته ؛ أى : ما لم يجب وقوعه ، بأن أمكن عادة كلأدخلن الدار ، أو عقلا كلأشربن البحر غدا أو الآن ؛ ولا يقال : هذه غموس ، وهى لا كفارة فيها . لأنا نقول : الغموس لا تكون فى مستقبل ، وكذا اللغو ، بل يكفر كل إن تعلق بالمستقبل ، كذا فى الزرقانى .

قوله : (ومن كان حالفا) أى : مريد الحلف .

قوله : (أى باسم الله) أى : لا بالنبى ، ولا بغيره مما هو معظم شرعا أو لا .

قوله : (أو صفته الذاتية كالوحدانية) فيه نظر ، لأن الوحدانية وما عطف عليها ، ليست من الصفات الذاتية .

وكذا قوله : (والمعنوية الخ) لأن الحياة وما عطف عليها من صفات المعانى لا المعنوية ، ومن أفراد الصفة الذاتية القرآن ، والمصحف ، أو كلمة ، أو آية منه ، ونوى المعنى القديم ، أو لانية له ، أو نوى شيئا ونسيه ، لا إن أراد اللفظ الحادث فلا ، وكذا منها : عزة الله حيث أراد بها قوته ، وكذا إن لم يرد شيئا فيما يظهر ، لا إن أراد – بالمعنى – المخلوق فلا .

تنبيه : اعلم : أن **قوله** : (باسم الله) يحتمل أن تكون الإضافة فيه للبيان أى : اسم هو الله ، كأن تقول : بالله ، أو الله بحذف حرف القسم ، وها لله بحذف حرف القسم وإقامة **ها** التنبيه مقامه ، ويحتمل أن تكون للاستغراق أى : بكل اسم من أسماء الله ، فيدخل فيه : الخالق ، والرازق ، والعزيز .

(أَوْ لِيَصْمُتْ) أى : يسكت ، فالحلف بغير اسم الله ، أو صفته الذاتية أو المعنوية ، لا يكون يمينا شرعا ، لما صح من قوله ﷺ : « أَلَا إِنَّ ٱللَّهَ يَنْهَاكُم أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُم ، فَمَنْ كَانَ حَالِفاً فَلْيَحْلِفْ بِاللهِ أَوْ لِيَصْمُتْ » (١) فأمر بالصمت عما عدا اليمين بالله ، فظاهره الوجوب ، وهو مستلزم لتحريم اليمين بغير الله قاله

وعلى الأول فيجعل الخالق والرازق داخلا فى صفته بضرب من التسمح ، والأولى ترك التقييد بالذاتية ، لأجل أن يشمل الصفة النفسية : كالوجود ، بخلاف الاسم الدال عليها كالموجود أى : فلا يدخل فى الصفة ، وإن كان يدخل فى الأسماء فيما يظهر ، حيث أراد به الموجود حقيقة .

ويشمل الصفات الجامعة كالجلال والعظمة ، ويشمل الوحدانية والقدم من صفات السلب ، وانظر هل يشمل بقية صفات السلب أم لا كما قال **عج** ؟ **قلت** : والظاهر أن بقية صفات السلب كذلك .

وقول الشارح : المعنوية تصريح بانعقاد اليمين بها ، وإن كان فى التمثيل شىء كما قررنا ولبعض شراح خليل نظر فيها . **قلت** : والظاهر الانعقاد بها ، ولا تدخل صفات الأفعال .

قوله : (أو ليصمت) أى : لا يحلف ، لا أنه يلزمه الصمت إذا لم يحلف بالله ، والتخيير فى حق من وجبت عليه اليمين : فيحلف ليبرأ ، أو يترك ويغرم .

قوله : (فالحلف بغير اسم الله أو صفته الذاتية) دخل فى الغير صفات الأفعال ، وعبارته ، وإن شملت الصفات السلبية ، إلا أنها تنزل منزلة الصفات الذاتية .

قوله : (ألا الخ) أداة استفتاح يفتتح بها الكلام .

قوله : (ينهاكم) أى : نهي تحريم .

قوله : (فأمر بالصمت الخ) أى : فاللام لام الأمر .

قوله : (فظاهره الخ) الأحسن : وظاهره بالواو .

وقوله : (وهو مستلزم الخ) فإن قلت : هلا أخذ التحريم من قوله ينهاكم ؟ **قلت** : إنما عدل عنه لقصوره على الحلف بالآباء ، فلا يشمل الحلف بغيرهم مما لم يكن اسما لله ولا صفة له .

---

(١) الموطأ : ٤٨٠/١ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباق - الحلبى ١٩٥١ .

ورواه البخاري : كتاب الأيمان والنذور - باب لا تحلفوا بآبائكم فتح الباري ٥٣٠/١١ المطبعة السلفية بالقاهرة .

ابن عبد السلام ، وشهر **ك** كراهة الحلف بحق بغير الله مما لا يعظم أهل الكفر : كالمسجد ، والرسول ، ومكة .

(وَيُؤَدَّبُ مَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ) إذا كان بالغا ، عالما ، معتادا للحلف بذلك ، ويكون ذلك جرحة فى شهادته .

والتفت القرطبى إلى النهى فقال : إنما نهى عن ذلك ، لأن فيه تعظيم غير الله بمثل ما يعظم به الله ، وذلك ممنوع . وهذا جار فى كل محلوف به غيره تعالى . وإنما ذكر الآباء ، لأنه السبب الذي أثار الحديث حين سمع عمر يحلف بأبيه ، ويشهد له قوله : من كان حالفا فليحلف بالله اهـ المراد منه .

قوله : (وشهر **ك**) ضعيف ، إذ الراجح الحرمة ، ومحل الخلاف : إذا كان الحالف صادقا ، فإن كان كاذبا فيحرم قطعا بل ربما كان بالنبي كفرا . لأنه استهزاء به – كذا فى كبير الخرشى .

قوله : (بحق) الأولى حذف بحق ، ويقول : كراهة الحلف بغير الله ، وهو شامل لما إذا قال والمسجد ، أو وحق المسجد ، ونحو ذلك .

قوله : (مما لا يعظم الخ) أى : وأما الحلف باللات والعزى فحرام ، وإن اعتقد تعظيم هذه فإنه يكفر . وحاصله : أن من حلف باللات والعزى ونحوهما ، مما عبد من دون الله ، حتى الأنبياء ، والصالحين : كالمسيح ، والعزير ، وقصد بالقسم بها تعظيمها من حيث كونها معبودات ، فهو كافر يستتاب . فإن تاب وإلا قتل . وإن لم يقصد تعظيمها، فحرام اتفاقا فى الأصنام ، وعلى خلاف فى الأنبياء ، وكل معظم شرعا .

تنبيه : قال التادلى : ظاهر كلام المصنف : أن اليمين بالله مباحة ، لأن الأمر أقل مراتب الإباحة . **ك** قلت : بل ظاهره أنه مرجوح ، وبه قال بعض الشيوخ ، **قلت** : والأول هو مذهب الأكثر الصحيح ، قال بعضهم : إنه من حيث هو مباح ، ما لم يعرض ما يخرجه عن ذلك : كاليمين على إنقاذ مسلم من يد ظالم ، فإنها تجب ، أو على فعل محرم أو مكروه فإنها تحرم أو تكره .

قوله : (معتادا) والظاهر : أن هذا يجرى فى غير ذلك من الحلف بغير أسماء الله أو صفاته ، كالنبى ، والكعبة ، فيؤدب من اعتاد الحلف به على القول بحرمته . وظاهر كلام المصنف : سواء كان متزوجا وعنده من يعتق عليه أم لا ؛ وهو واضح . قال الشاذلى : سدا

والأدب بذلك مبنى على القول : بأن اليمين بذلك حرام ، وأما على القول : بأن ذلك مكروه فلا يؤدب ، لأن المكروه جائز شرعا ، والجائز لا يؤدب عليه . وظاهر كلامه : أنه يؤدب حنث أو لم يحنث .

والأدب عند مالك غير محدود بل على ما يراه الإمام . وقيدنا بالبالغ احترازا من الصبى ، وبالعالم احترازا من الجاهل ، وبالمعتاد احترازا ممن وقعت منه فلتة ؛ فإنه لا أدب عليهم فى الحلف بذلك (وَ) مع تأديب من حلف بطلاق أو عتاق (يَلْزَمُهُ) ما حلف به من طلاق أو عتق ، إذا أيقن بالحنث (وَلَا) تنفع (ثُنْيَا)

للذريعة ، لئلا يعتادوا . وهذا الحكم عام فى الرجال والنساء بالنسبة للعتق . وأما الطلاق فخصه ابن عمر بالرجال فقط . وقال بعضهم : النساء فى الطلاق كذلك ، للحديث المتقدم ، ولأنها شبهت بالرجال ، **عج** .

قوله : (والأدب بذلك مبنى على القول بأن اليمين بذلك حرام الخ) حاصل ذلك ، كما أفاده صاحب التوضيح : أن هذا الخلاف لكون الحلف بالطلاق والعتق ، أو التعليق بهما ، من أفراد غير الحلف بالله وصفاته ، والخلاف فيه قد تقدم بالحرمة والكراهة الذي هو اعتماد **ك** .

قوله : (بل على ما يراه الإمام) قال **تت** : والأدب عند مالك غير محدود مرجعه لاجتهاد الحاكم : – من ضرب ، أو شتم ، أو غيره – ويختلف باختلاف الأشخاص والأحوال انتهى . وقال فى التحقيق : بل على ما يراه الإمام ، فقد يبلغ به الحد ولا يبلغ انتهى .

وتعبيره بقوله : (عند مالك) يقتضي : أنه عند غيره محدود ، وهو كذلك ، فقد قال ابن عمر : والأدب الضرب ثلاثة أسواط فما دون ، ولا يضرب أحد فوق ثلاثة أسواط إلا فى حد من حدود الله .

قوله : (فلتة) أى : مرة واحدة كما فى **تت** ، قاله : **عج** .

قوله : (إذا أيقن بالحنث) مفهومه : لو شك فى الحنث ، أو توهمه ، أو ظنه ، فلا شيء عليه ، وفيه شيء فإنه إذا حلف : لا أكلم زيدا ، ثم شك هل كلمه أم لا ؟ فإنه يحنث على المشهور . وكذا لو حلف بالعتق أن لا يفعل ، وشك فى الفعل ، فإنه يحنث . ومفهوم ما حلف به أنه إذا شك ، هل قال أنت طالق أو لم يقل ؟ أو شك : هل حلف

أى : استثناء بمشيئة الله تعالى ، مثل أن يقول الحالف بعد تلفظه بالمحلوف به : إن شاء الله ، أو إلا أن يشاء الله (و) كذلك (لا) تنفع (كَفَّارَةٌ) كما لا تنفع ثنيا ، ومعنى عدم نفعهما : أنهما لا يفيدان فى شيء من الأيمان (إِلاَّ فِي الْيَمِينِ بِٱللّٰهِ عَزَّ وَجَلَّ) أى : بهذا الاسم العظيم (أَوْ بِشَيْءٍ مِنْ أَسْمَاءِ ٱللّٰهِ) غير هذا الاسم : كالعزيز ، والبارى (وَصِفَاتِهِ) أى : أو بشيء من صفاته الذاتية الثمانية : العلم ، والقدرة ، والإرادة ، والكلام ، والبصر ، والسمع ، والحياة ، والبقاء . وإنما قيدنا بالذاتية ، احترازا من الفعلية : كالرزق ، والإحياء ، والإماتة . فإنه لا يحلف بها أصلا .

. **تنبيهان** : **الأول** : إطلاق الاستثناء على التعليق بالمشيئة مجاز . **الثانى** : ظاهر

وحنث أو لم يحلف ولم يحنث ؟ فلا شيء عليه . وأما لو شك : هل أعتق أم لا ؟ فإن العتق يقع لتشوف الشارع للحرية . وأما لو ظن أنه طلق ، فهو كمن تيقن ذلك . وظن العتق أولى .

قوله : (إلا فى اليمين بالله) أى : والنذر المبهم كاليمين بالله – كما فى المدونة – وكذا سائر ما فيه كفارة يمين : كحلفه بالكفارة . ويمكن دخول هذا فى قول المصنف : إلا فى اليمين بالله ، أى : حقيقة أو حكما . والمراد به : ما فيه كفارة يمين ، وليس من أسماء الله تعالى ، ولا من صفاته .

قوله : (والبقاء) فيه شيء ، لأن البقاء صفة سلب على الصحيح ، لا صفة معنى .

قوله : (احترازا من الفعلية) أى : فقط فلا ينافى أن السلوب والمعنوية كالمعانى .

قوله : (كالرزق) بفتح الراء ، أى : تعلق القدرة بالرزق ، والإحياء تعلق القدرة بالحياة . والإماتة تعلق القدرة بالموت .

قوله : (فإنه لا يحلف بها أصلا) أى : لا يجوز الحلف بها ، ولا ينعقد بها يمين .

قوله : (إطلاق الاستثناء على التعليق بالمشيئة مجاز) قال فى الذخيرة : الاستثناء مأخوذ من الثنى ، لأن المتكلم رجع إلى كلامه بعد مفارقته فأخرج بعضه ، كما يرجع نصف الثوب على نصفه ، وهو حقيقة فى الإخراج بإلا وأخواتها ، ثم أطلق على قولنا : إن شاء الله مجازا لأنه شرط ومشروط ، والشرط ليس باستثناء ، والعلاقة بينهما أن الشرط مخرج من المشروط

كلامه أن الثنيا لا تنفع فى الطلاق المعلق ، مثل أن يقول : إن دخلت الدار فأنت طالق إن شاء الله ، وفيه تفصيل ذكرناه فى الأصل .

ولما ذكر أن الاستثناء فى المشيئة لا ينفع فى شيء من الأيمان إلا فى اليمين بأسماء الله تعالى وصفاته ، عقبه بقوله : (وَمَنِ ٱسْتَثْنَى فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْه) بشروط ثلاثة :

أحدها : (إِذَا قَصَدَ الاسْتِثْنَاءَ) أى : قصد حل اليمين ، احترازا مما لو جرى على لسانه من غير قصد ، مثل أن يعود لسانه إن شاء الله ، أو تكلم به تبركا لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَٰلِكَ غَداً ۞ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ ٱللَّهُ ﴾ [الكهف : ٢٣ ، ٢٤] فإنه لا ينفعه فى حل اليمين .

(و) ثانيها إذا : (قالَ) أى تلفظ بـ(إِنْ شَاءَ ٱللَّهُ) فلا تكفى النية وحدها ، ولا يشترط فى النطق الجهر بل لو كان سرا بحركة لسانه كفى .

أحوال عدم المشروط ، فالشرط مخرج لبعض الأحوال ، والاستثناء لبعض الأشخاص ، كذا فى التحقيق .

قوله : (تفصيل الخ) التفصيل : إن أعاد المشيئة على المعلق والمعلق عليه ، أو على المعلق فقط ، أو لا نية له ، ففى الثلاث صور لا ينفع . وأما إن أعاد المشيئة على المعلق عليه فقط ، وهو دخول الدار – مثلا – ينفعه ذلك ، وهو أحد قولين ، فقال ابن الماجشون : إن رده للفعل فلا شيء عليه ؛ ومذهب ابن القاسم : أنه لا ينفعه ولو رده للفعل ، وأنه متى دخل الدار وقع عليه الطلاق . وهو الذى ذهب إليه العلامة خليل ، وهو المشهور .

قوله : (إذا قصد الاستثناء) لا فرق فى القصد بين أن يكون قبل الحلف ، أو فى أثنائه ، أو بعد تمامه ، فإنه ينفعه كما شهره تت .

قوله : (احترازا مما لو جرى على لسانه من غير قصد مثل أن يعود الخ) الأولى أن يقول : احترازا مما إذا نطق به سهوا .

قوله : (بل لو كان سرا بحركة لسانه) هذا فى غير المستحلف ، فما كان من الأيمان وثيقة في حق ، أو شرطا فى نكاح ، أو عقد بيع ، أو ما يستحلفه أحد عليه ، لا يجزئه حركة

(و) ثالثها : إن (وَصَلَهَا) أى : إن شاء الله (بِيَمِينِهِ قَبْلَ أَنْ يَصْمُتَ) أى : يسكت ، ما لم يضطر لتنفس أو سعال ، فإن اضطر لم يضر (وَإِلاَّ) أى : وإن لم يقصد الاستثناء ، أو لم ينطق به ، أو لم يصله بيمينه (لَمْ يَنْفَعْهُ ذَلِكَ) الاستثناء .

(وَٱلْأَيْمَانُ بـ)ـاسم (ٱللهِ أَرْبَعَةٌ) وفى نسخة أربع (فَيَمِينَانِ تُكَفَّرَانِ وهُوَ) أى : ما يكفر يمينان **إحداهما** : أن تكون اليمين منعقدة على بر ، وحقيقتها : أن يكون الحالف بأثر حلفه موافقا لما كان عليه من البراءة الأصلية ، مثل : (أَنْ يَحْلِفَ بِٱللهِ إِنْ فَعَلْتَ كَذَا) أو لا أفعل كذا ، ثم يفعل المحلوف عليه . **والأخرى** : أن تكون اليمين منعقدة على حنث ، وحقيقتها : أن يكون الحالف بأثر حلفه مخالفا لما كان عليه من البراءة الأصلية ، مثل : أن يحلف إن لم يفعل كذا (أَوْ يَحْلِفَ لَيَفْعَلَنَّ كَذَا) ثم لم يفعل المحلوف عليه ، واليمين على الحنث مقيدة بما إذا لم يؤجل ، أما إن

اللسان حتى يظهره ويسمع منه ، قاله فى الجواهر .

قوله : (إن وصلها بيمينه) وأما إن لم يوصلها بيمينه بل أوصلها بالمحلوف عليه ، كما لو قال : والله إن دخلت إلا أن يشاء الله ، فظاهر كلامه : أنه لا يفيده ، وليس كذلك بل هو الذى يفيده لأن المعتبر اتصاله بالمقسم عليه حيث تعلق الاستثناء به – كما فى المثال المذكور – وأما لو تعلق بالمقسم منه أى بعدده كما فى الطلاق ، فهل لابد من اتصاله بالمقسم به أو يكتفى باتصاله بالمقسم عليه ؟ خلاف . ولا يكون هذا إلا بإلا أو إحدى أخواتها ، ويمكن الجواب عن المصنف : بأنه لم يرد بيمينه خصوص المقسم به بل أراد به المحلوف عليه ، لأنه لما كان متعلق يمينه ، تجوّز فى إطلاق اسمه عليه .

قوله : (لتنفس أو سعال) أى : أو عطاس ، أو تثاؤب ، قال بعض الشراح : وظاهره ولو اجتمعت هذه الأمور وتكررت . قال **تت** : ومثلها : الجُشاء ، والإغماء ، والجنون ، والإكراه ، كذا يفيده كلام ابن عمر ، انتهى من حاشية **عج** .

قوله : (موافقا لما كان عليه من البراءة الأصلية) أى : الحالة التى كان عليها قبل اليمين .

أجل فإنه على بر إلى الأجل ، مثل أن يقول : إن لم أفعل كذا قبل شهر ، فإنه على بر إلى الأجل . وإن ولى صيغة الحنث حرف شرط ، كقولك : والله إن لم أتزوج لا أقيم فى هذه البلدة . وفى صيغة البر حرف نفى إذا لم يكن ثم جزاء ، نحو : والله إن كلمت فلانا معناه : والله لا أكلم فلانا ، لأن كلم هنا وإن كان ماضيا فمعناه الاستقبال ، إذ الكفارة لا تتعلق إلا بالمستقبل ، وإن كان ثم جزاء فهي مع الجزاء شرط ، كقولك : والله إن كلمت فلانا لأعطينك مائة .

(وَيَمِينَانِ لا تُكَفَّرَانِ إحْدَاهُمَا : لَغْوُ اليَمِينِ وهُوَ) أى : لغو اليمين على

قوله : (إن لم أفعل كذا قبل شهر) بأن جعل الشهر ظرفا للفعل ، أو إن لم أفعله بعد شهر ، بأن جعل وقوع الفعل بعده . وتتفق الصورتان على جواز وطء المحلوف بها فى حلفه بطلاق أو عتق فى الأجل الذى جعله ظرفا ، أو جعل حصول الفعل بعده . ويختلفان فى أنه إن فعل ما حلف عليه فى الأولى يبر به ، وإذا مضى ولم يفعله حنث ، ولا يبر بفعل المحلوف عليه - فى الثانى - قبل وجود زمنه المعلق فعله على وجوده ، وإذا مضى منع من وطء المحلوف بطلاقها أو عتقها .

قوله : (وفى صيغة البر حرف نفى الخ) ظاهره : أنها لا تكون حرف نفى فى صيغة الحنث ، وليس كذلك . بل وتكون فى صيغة الحنث حرف نفى أيضا : والله إن لم أدخل الدار . وجواب الشرط فى كلام الشارح فى قوله : والله إن لم أتزوج ، وقوله : والله إن كلمت فلانا ، محذوف ، كما يفيده قول ابن مالك : « واحذف لدى اجتماع شرط وقسم * جواب ما أخرت [1] ، فلا يقال : إنه لم يذكر جواب الشرط .

قوله : (وإن كان ثم جزاء الخ) والحاصل : أن إن نافية فى صيغتى البر والحنث إن لم يذكر لها جواب ، ومعناها فى الحنث حينئذ : لأفعلن لأنها نافية ، ونفي النفى إثبات . فإن ذكر لها جواب ، فشرطية فيهما .

قوله : (على المشهور فى تفسيره) ومقابله ما اختاره اللخمى من تفسير الشافعى ،

---

(١) تمامه : فهو ملتزم ، انظر الألفية . ط . دار الكتب سنة ١٣٥١ هـ .

المشهور فى تفسيره (أَنْ يَحْلِفَ عَلَى شَيْءٍ يَظُنُّهُ) بمعنى يتيقنه (كَذَلِكَ فِي يَقِينِهِ ثُمَّ يَتَبَيَّنُ لَهُ خِلَافُهُ) وقوله (فَلَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ) تكرار ذكره ليرتب عليه قوله : (وَلَا إِثْمَ) وإنما لم يكن عليه إثم ، لقوله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِيٓ أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَانَ ﴾ [المائدة : ٨٩] .

تنبيه : قال فى المدونة : ولا لغو إلا فى اليمين بالله ، أو نذر ، ولا مخرج له .

(والْأُخْرَى) اليمين الغموس وفسرها بأنها : (الحَلِفُ مُتَعَمِّدًا لِلْكَذِبِ) مثل : أن يحلف أنه لقى فلانا بالأمس ، وهو لم يلقه (أَوْشَاكًّا) قبل أن يحلف أنه لقيه ، وهو شاك : هل لقيه أم لا ؟ ومثل الشك الظن . وظاهر قوله : (فهو) أى : الحالف متعمدا للكذب أوشاكا فهو (آثِمٌ) وإن وافق ما حلف عليه (ولا يُكَفِّرُ

والقاضى إسماعيل ، والأبهرى : بأنه ما سبق إليه اللسان من غير عقد ، كقول الرجل : كلا والله ، وبلى والله ، بتشديد اللام من كلا .

قوله : (بمعنى يتيقنه) هذا جواب عما يقال : إن قوله يظنه يقتضى أن اليمين على الظن لغو ، وليس كذلك ، بل من أقسام الغموس ، أفاده الحطاب . والمراد بالتيقن : الاعتقاد لا الجزم المطابق لدليل ، لقوله : ثم تبين خلافه .

قوله : (فى يقينه) أى : موضع يقينه ، أو أراد به الموضع نفسه مجازا ، والمعنى يعتقده فى عقله مماثلا لما فى نفس الأمر ، فالمشار له ما فى نفس الأمر . ومثل الاعتقاد الظن القوى ، لا إن كان من غير قوى فغموس ، وأولى الشك .

قوله : (أو نذر لا مخرج له) أى : النذر المبهم ، كقوله : إن فعلت كذا فعلىَّ نذر . ولا يفيد اللغو فى نحو : طلاق ، أو عتق ، أو نذر غير مبهم .

قوله : (اليمين الغموس) لأنها تغمس صاحبها فى النار ، وقيل فى الإثم ، وهو أولى لأن هذا حاصل فى الحال ، بخلاف الأول .

قوله : (الظن) أى : غير القوى ، أى : ظن أنه لقيه .

قوله : (وإن وافق ما حلف عليه) خبر قوله ظاهر ، أى : فهو أعم مطلقا ، وافق أم لا ، على الراجح . ومحل الإثم ما لم يقل فى ظنى .

ذَلِكَ) الحلف متعمدا للكذب أوشاكا (الكَفَّارَةُ) لقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَانِهِمْ ثَمَناً قَلِيلاً أُولَئِكَ لَا خَلَاقَ لَهُمْ فِي ٱلآخِرَةِ ﴾ الآية . [آل عمران : ٧٧] وقوله ﷺ : « مَنِ اقْتَطَعَ حَقَّ آمْرِئٍ مُسْلِمٍ بِيَمِينِهِ حَرَّمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ ٱلْجَنَّةَ وَأَوْجَبَ له ٱلنَّارَ » [1] (و) إذا كانت الكفارة لا تكفر اليمين فـ(لْيَتُبْ مِنْ ذَلِكَ إِلَى ٱللَّهِ سُبْحَانَهُ وتَعَالَى) لأنها من الكبائر ، ويتقرب إليه بما قدر عليه : من عتق ، وصدقة ، وصيام .

ولما تقدم له ذكر الكفارة ، كأن قائلا قال له : وما هي ؟ فأجاب بقوله : (والكَفَّارَةُ) فى اليمين بالله تعالى تتنوع إلى أربعة أنواع : ثلاثة على التخيير وهى :

قوله : (الكفارة) أى : فلا كفارة فى الغموس إن تعلقت بماض ، وأما إن تعلقت بالحال ، أو الاستقبال كفرت ، واللغو كذلك : إن تعلقت بمستقبل ، وإن تعلقت بماض أو حال لم تكفر . والحاصل : أن الغموس واللغو لا كفارة فيهما إن تعلقتا بماض اتفاقا ، وفيهما الكفارة إن تعلقتا بمستقبل اتفاقا ، فإن تعلقتا بحال كفرت الغموس دون اللغو ، قال عج :

كفر غموسا بلا ماض تكون كذا لغو بمستقبل لا غير فامتثلا

قوله : (يشترون) أى : يستبدلون بعهد الله أى : بما عاهدوه عليه من الإيمان بالرسول المصدق لما معهم وأيمانهم من قولهم : والله لنؤمنن به ولننصرنه ، ثمنا قليلا : متاع الدنيا . لا خلاف : لا نصيب ولا ينظر إليهم نظرة رحمة ، ولا يزكيهم أى : يثنى عليهم . فالشاهد فى قوله : وأيمانهم ، من حيث أنه لا فرق ، وإن كانت الأيمان فى الآية متعلقها خاص .

قوله : (من اقتطع) أى : أخذه لنفسه متملكا .

قوله : (حرم الله عليه الجنة) محمول على المستَحِلّ لذلك إذا مات على ذلك ، أو أنه يُحرَم الدخول مع الفائزين أوّلا ، قاله الشارح فى شرح الترغيب والترهيب .

قوله : (ويتقرب) أي ندبا .

قوله : (وصدقة) أى : أو صدقة أو صيام ، ولو جمع بينهما لم يكن بأس .

---

(١) الموطأ : ٢/٧٢٧ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي . صحيح مسلم : كتاب الأيمان .

الإطعام ، والكسوة ، والعتق ؛ وواحد مرتب بعد العجز عن هذه الثلاثة ، وهو : الصوم وأفضلها الإطعام ، ولذا بدأ به فقال : (إطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنَ الْمُسلِمينَ الْأَحْرَارِ مُدًّا لِكُلِّ مِسْكِينٍ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ) أخذ من كلامه : أن الإطعام له شروط خمسة :

العدد معتبر ، من قوله عشرة ، فلا يجزىء إعطاؤه لأكثر ، ولا لأقل ، ولا لواحد مرارا ، فإذا أعطى خمسة مدين مدين ، بنى على خمسة ؛ وإن أطعم عشرين : نصف مد نصف مد ، لم يجزه .

ثانيها : أن يكونوا مساكين ، احترازا مما لو دفعها إلى أغنياء – مع علمه بذلك – فإنه لا يجزئه .

قوله : (مدًّا لكل مسكين) أى : بمدّ النبى ﷺ ، وهو : رطل وثلث بالبغدادى ، ومقداره بالكيل : حفنتان بكفى الرجل المتوسط ، ويعطى منها صاحب دار ، وخادم لا فضل له عن ثمنهما كالزكاة ، واستظهر كون الكفارة واجبة على الفور .

قوله : (بنى على خمسة) وكمل لخمسة أخرى ، وله نزع الزائد ، بشرط أن يبقى بيد المسكين لم يتلفه ، وكان وقت الدفع له بيّن أنها كفارة .

قوله : (لم يجزه) أى : إلا أن يكمل القدر ، ومحل إجزاء التكميل إن بقى بيد كل مسكين ما أخذ ، ليكمل له بقية المد فى وقت واحد ، وعليه فلا يجزىء تفرقة المد فى أوقات ، أو يجزىء التكميل ولو بعد ذهاب ما أخذ أولا من يده ، قولان ؛ وله نزع الزائد على العشرة بشرط أن يبقى بيد المسكين لم يتلفه ، وكان وقت الدفع له بين أنها كفارة ، ولكن ينزع فى هذه بالقرعة لا بالتخيير ، إذ ليس بعضهم أولى من بعض ، ومحل دخول القرعة ما لم يعلم الآخذ بعد العشرة ، وإلا تعين الأخذ منه من غير قرعة .

قوله : (مع علمه بذلك) أى : وأما لو كان غير عالم ، وكانت باقية بأيديهم ، فإنه يأخذها منهم ويعطيها لمستحقها ، فإن تلفت بأيديهم لم يضمنوها إلا أن يعلموا أنها كفارة ، وغروا من أنفسهم ؛ فإن لم يعلموا ، وأكلوها ، وصانوا بها أنفسهم وأموالهم ، فيضمنوها أيضا – كما فى الذخيرة – وهذا على القول بعدم الإجزاء إذا فاتت ولم يعلموا ، وهو الأحسن . وأما على القول بإجزائها إذا فاتت ، فيغرمونها للمساكين ، قال فى الذخيرة : وعدم الإجزاء

ثالثها : أن يكونوا مسلمين ، احترازا مما لو دفعها لفقراء أهل الذمة ، فإنها لا تجزئه ، قياسا على الزكاة .

رابعها : أن يكونوا أحرارا ، احترازا مما لو دفعها إلى العبيد القن ، أو من فيهم عقد حرية : كأم الولد .

خامسها : أن يكون المعطى مدا لكل مسكين ، بمده عليه الصلاة والسلام ، فلا يجزىء دونه ، ويقوم مقامه شيئان على سبيل البدل : إما رطلان من الخبز ، بالرطل البغدادى ، مع أدم : زيت ، أو لبن ، أو لحم ؛ وإما شبعهم غداء وعشاء ،

فى هذه الوجوه أحسن ، قاله **عج** ، ثم قال : **تنبيه** : يؤخذ من هنا أنه لا يشترط بلوغهم ، فيدفعها جميعها لغير البالغين ، وإذا كان بعضهم غير بالغ حكمه حكم البالغ .

قوله : (احترازا مما لو دفعها لفقراء أهل الذمة فإنها لا تجزئه) أى : لأنها قربة ، والكفار ليسوا أهلها ، فلو اجتهد ، ثم تبين له أنهم كفار ، أعادها وجوبا . وانظر : لو كانت باقية ، هل تنزع من أيديهم أو لا ؟ وهذا حيث لم يغروه ، فإن غروه رجع عليهم بها .

قوله : (احترازا مما لو دفعها إلى العبيد) ابن عبد السلام : قالوا : لأن العبد غنى بمال سيده ، وهو ظاهر فى القن ، لأن سيده مجبور على أن ينفق عليه ، أو يبيعه ممن ينفق عليه ؛ وأما من فيه عقد حرية فربما كان سيدهم فقيرا ، ولا يمكن البيع فيهم ، لكن يقال : السيد مأمور بأن ينفق عليهم ، أو يبت عتقهم ، فهم كالأغنياء ، تحقيق .

قوله : (إما رطلان) الرطل البغدادى أصغر من الرطل المصرى بيسير .

قوله : (مع أدم) وهل وجوبا أو استحبابا ؟ قولان ، والراجح الاستحباب ، كما أفاده ابن ناجى .

قوله : (أو لبن) والمراد به الحليب لا المضروب اهـ **تت** : وأعلى ما ذكر اللحم ، وأوسطه اللبن ، وأدناه الزيت ، تحقيق : أى : الزيت الطيب ، وقيل : أو بقل ، أو قطنية . وظاهر كلامهم : أنه لا يلزمه طبخ اللحم ، أو القطنية ، ولا ما يطبخان به ، وأن الملح ليس بأدم – وكذا الماء – كما فى بعض الشراح .

قوله : (وأما شبعهم غداء الخ) أى : أو غداءين ، أو عشاءين ، ولا يكفى غداء

كانوا متفرقين أو مجتمعين ، كان فيما أطعمهم عشرة أمداد ، أو أقل ، أو أكثر ، ولا يجزىء غداء دون عشاء ولا عشاء دون غداء .

(وَأَحَبُّ إِلَيْنَا) يعنى نفسه على الصحيح (أَنْ لَوْ زَادَ عَلَى الْمُدِّ مِثْلَ ثُلُثِ مُدٍّ أَوْ نِصْفَ مُدٍّ وَذَلِكَ) أى : استحباب الزيادة على المد (بِقَدْرِ مَا يَكُونُ مِنْ وَسَطِ عَيْشِهِمْ) ووسط العيش الحب المقتات غالبا . وقوله : (فِى غَلَاءٍ) راجع لقوله : ثلث مد . وقوله : (أَوْ رُخْصٍ) راجع إلى نصف مد . وظاهر كلامه : أن الزيادة مستحبة حتى بالمدينة المشرفة ؛ والذى فى المختصر وشرحه : أن الزيادة مستحبة

أو عشاء ولو بلغ مدا ، ويعتبر الشبع المتوسط . وهل يشترط أن يكون عندهم جوع فإذا أطعمهم مرتين عن شبع لم يكتف بذلك ؟ وهو الظاهر ، وكذا المرض - كما فى الشيخ عبد الباقى - .

قوله : (على الصحيح) أى : أن الصحيح أن الضمير عائد على المؤلف ، ومقابله ترجيعه للمالكية . وإنما كان الصحيح ذلك ، لأن الأحبية على هذا الوجه لا يقول بها أشهب ، ولا ابن وهب ، فيكون المصنف مرجحا لقول مالك : أن الزيادة على المد المندوبة بالاجتهاد .

قوله : (الزيادة) أى : الزيادة المعهودة التى هى الثلث أو النصف .

قوله : (بقدر ما يكون) ما مصدرية أى : بقدر وجود أى : حالَ عيشهم الوسط .

قوله : (ووسط العيش الحب) أى : فمعنى وسط مختار أى : بقدر عيشهم الوسط أى : المختار لهم ، ولا يخفى أنه الحب المقتات غالبا أى : لأهل بلد المكفر على الراجح ، لا المكفر .

قوله : (راجع لقوله ثلث مد) أى : مرتبط به ، وكذا يقال فيما بعده ، وهذا لا ينافى أن تكون بمعنى من ، بيانا لحال العيش الوسط أى : حاله من رخاء ورخص ، فالثلث فى الغلاء ، والنصف فى الرخص ، وحينئذ فقول المصنف ثلث مد أو نصفه أى : مثلا ، فالمدار على الزيادة بحسب الغلاء والرخص ، فقول مالك : أن الزيادة بالاجتهاد أى : بهذا الاعتبار .

قوله : (والذى فى المختصر الخ) هو الراجح .

قوله : (إن الزيادة مستحبة) ناظر لقوله فى المختصر .

بغير المدينة ، وأنها محدودة بالثلث عند أشهب ، وبالنصف عند ابن وهب ، ولا يستحب بالمدينة لقلة الأقوات بها ، ولقناعة أهلها باليسير . وقوله : (وَمَنْ أَخْرَجَ مُدًّا عَلَى كُلِّ حَالٍ) أي : فى كل بلد ، وفى كل زمان من غير زيادة ، (أَجْزَأَهُ) لأنه هو الواجب ، وهو قول : ابن القاسم ، وهو تكرار مع ما تقدم .

ثم شرع يبين النوع الثانى من أنواع الكفارة ، آتيا بالواو المؤذنة بعدم الترتيب ، فقال : (وإِنْ كَسَاهُمْ) أى : وإن اختار كسوة العشرة مساكين . (كَسَاهُمْ لِلرَّجُلِ قَمِيصٌ وَلِلْمَرْأَةِ قَمِيصٌ وَخِمَارٌ) ولا يشترط فى الكسوة أن

وقوله : (وأنها محدودة) ناظر لقوله وشرحه ، أى : شرح بهرام . وكلام غير واحد يفيد : أن الخلاف بينهما حقيقى .

قوله : (لقلة الأقوات بها الخ) أى : وأهل مكة ليسوا كأهل المدينة بل كغيرهم فى استحباب الزيادة ، لأن العلتين مفقودتان فى أهل مكة ، أى : ليسوا كأهل المدينة فيهما .

قوله : (وهو قول ابن القاسم) أى : وأما مالك فيقول بالزيادة إلا أنها بالاجتهاد ، وأشهب يحدها بالثلث ، وابن وهب بالنصف ، ولا يخفى أن مفاد هذا : أن الثلاثة يقولون بوجوب الزيادة ، وابن القاسم لا يقول بوجوب الزيادة ، وهو مفاد خليل فى توضيحه ، وما شرحنا به كلامه أولا من أن مالكا يقول باستحباب الزيادة ، وأنها بالاجتهاد ، تبعنا فيه بعض شراح مختصره ، وحاصله : أن مفاد بعض شراح مختصره : أن مالكا ، وابن وهب ، وأشهب ، قائلون باستحباب الزيادة ، والخلاف بينهم فى قدرها ، وسكتوا عن ابن القاسم ، ومفاد خليل فى توضيحه : أن ابن القاسم يقول بكفاية المد ، وأن غيره من الأشياخ الثلاثة يقول بوجوب الزيادة ، والخلاف بينهم فى غير المدينة ، وأما المدينة فيكفى فيها المد اتفاقا .

قوله : (وهو تكرار مع ما تقدم) أى : مع قوله : وأحب إلينا الخ لأن ترك المستحب لا يبطل .

قوله : (للرجل) المراد بالرجل الذكر ، وبالمرأة الأنثى ، لأنه لا فرق بين الصغير والكبير فى إعطاء الكسوة ، والأمداد ، والأرطال ، لكن يشترط فى إعطاء الأمداد والأرطال أن يكون الصغير يأكل الطعام ، ولم يستغن عن الرضاع ، لأنه يعطى مثل الكبير ، وأما فى الغداء

تكون من وسط كسوة أهله ، لأن الله تعالى شرط ذلك فى الإطعام دون الكسوة .

ثم انتقل يبين النوع الثالث من أنواعِ الكفارة آتيا بأو المؤذنة بالتخيير ، فقال : (أَوْ عِتْقُ رَقَبَةٍ) شرطوا فيها شروطا **أحدها** : أشار إليه بقوله : (مُؤْمِنَةٍ) فلا تجزئ الكافرة .

ثانيها : أن تكون سليمة من العيوب التى تشين : كالعمى ، والهرم ، والعرج الشديدين ، أما ما لا يشين : كقطع الظفر ، فيجزئ .

ثالثها : أن تكون ممن يستقر ملكه عليها بعد الشراء ، احترازا ممن يعتق عليه ، أو يشتريه بشرط العتق .

رابعها : أن تكون كاملة ، احترازا من المشتركة .

خامسها : أن لا يكون فيها عقد حرية ، احترازا من نحو المكاتب ، وأم الولد .

والعشاء ، فلا بد من استغنائه عن الرضاع ، ولو لم يساو الكبير فى الأكل . وفى الكسوة يعطى كسوة كبير من أوساط الرجال ، ولو كان رضيعا ، ولا يشترط أن يكون مخيطا ، وهل يشترط أن تكون الكسوة جديدة أو لا ؟ والظاهر : أنه لا يشترط بل حيث كانت قوية لم تذهب فهى بمنزلة الجديدة ، والظاهر : أنه لا يشترط القميص بل الثوب الساتر كاف ، سواء كان قميصا أم لا ، ولا يجزىء عمامة وحدها ، ولا إزار لا يبلغ أن يلتحف به مشتملا ، فإن بلغ ذلك أجزأ .

قوله : (كالعمى الخ) والجنون ، والبكم ، وقطع الأذن ، وغير ذلك مما يذكر فى الظهار ، ويجزىء الأعور وهو : فاقد النظر بإحدى عينيه ، وأما من فقد من كل عين بعض نظرها ، فالظاهر : أنه يجزىء أيضا .

قوله : (كقطع الظفر) لا قطع الإصبع ، فذهاب أنملتين لا يضر ، فيما استظهره بعضهم .

تنبيهات : **الأول** : قال فى المدونة : يستحب عتق من صلى وصام ، ليتخلص للوظائف الواجبات .

الثانى : لا يجوز أن يخرج فى ذلك قيمة .

الثالث : ليس للعبد التكفير بالعتق ، وإن أذن له سيده ، فإن كفر به لم يجزه .

ثم شرع يبين النوع الرابع الذى لا يجزىء إلا بعد العجز عن الخصال الثلاثة المتقدمة ، ولذا أتى بالفاء المؤذنة بالتعقيب ، فقال : (فَإِنْ لَمْ يَجِدْ) المكفِّر (ذَلِكَ) أيِ : العتق (وَلَا إِطْعَاماً فَلْيَصُمْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ يُتَابِعُهُنَّ) استحبابا ، لأن

قوله : (يستحب عتق من صلى وصام) أى : يعقل أن من فعلهما يثاب ، ومن تركهما يعاقب ، وظاهر ذلك : وإن لم يبلغ سن من يؤمر بالصلاة ، وإن كان التعليل ظاهرا فيمن يؤمر بالصلاة .

وقوله : (الواجبات) أى : فى حق غيره ، وإن كانت فى حقه مندوبة ، ولا يخفى شموله للصوم مع أن الصوم لا يندب فى حقه ، ولم أر ذلك التعليل فى مختصر البرادعى ، وعبارة البرادعى : وعتق من صلى وصام فى كفارة الأيمان أحب إلىَّ : قال الشيخ أبو الحسن : قال ابن القاسم : يريد من عقل الإسلام ، والصلاة ، والصيام ، قال الشيخ : إنما قال ذلك لأن من صلى وصام يكون إسلامه حقيقة بالفعل ، وفى الصغير إنما يكون حكما اهـ فهذا أحسن من تعليل الشارح ، وفهم من ذلك أن عتق من لم يبلغ هذا السن مجز وإن رضيعا ، كما فى جميع الكفارات ، فإن أعتقه كذلك فكبر أخرس ، أو أصم ، أو مقعدا ، فليس عليه بدله .

قوله : (لا يجوز أن يخرج فى ذلك قيمة) أى : من الإطعام وغيره مما تقدم .

قوله : (وإن أذن له سيده) أى : لأن الولاء للسيد قاله : **عج** ، وكذا ليس له التكفير بالإطعام ، والكسوة أيضا ، إلا إن أذن له سيده ، والصوم أولى . ولا خصوصية لكفارة اليمين بذلك ، بل جميع الكفارات ليس للعبد التكفير بالعتق .

قوله : (أى العتق) أى : والكسوة بدليل قوله : ولا إطعاما ، والعجز عما تقدم : بأن لا يكون عنده ما يباع على المفلسين ، ويعتبر حين الإخراج لا حين الحنث ، ولا حين اليمين ،

المبادرة إلى براءة الذمة أولى ، يدل على ما قيدنا به من الاستحباب قوله : (فَإِنْ فَرَّقَهُنَّ) أى : الأيام الثلاثة (أَجْزَأَهُ) وإذا فرق صومها ، فلابد من تبييت النية فى كل ليلة (و) يباح (لَهُ) أى للحالف (أَنْ يُكَفِّرَ قَبْلَ الْحِنْثِ وَبَعْدَهُ) ظاهره : مطلقا ، سواء كانت يمينه على بر ، أو على حنث ، كانت كفارته بالصوم أو غيره

فإن شرع فى الصوم لعجزه عن أقل الأنواع الثلاثة ، ثم أيسر ، فإن كان فى أثناء اليوم الأول وجب عليه الرجوع للتكفير بما قدر عليه ، وإن كان بعد كمال اليوم الأول وقبل كمال الثالث ، ندب له الرجوع للتكفير بما قدر عليه ، ولا يجزئ ملفقة من غير جنس الطعام ، كما إذا أعتق وكسا ، وأطعم وكسا ، وأما لو دفع لبعضهم أمدادا ، وبعضهم أرطالا ، أو دفع لكل نصف مد ورطلا ، أو نصفه وغداء أو عشاء ، فيجزئ . . ومحل ذلك : إذا كانت كفارة واحدة ، فيخرج ما لو كانت عليه كفارات ثلاثة ، فأطعم عشرة ، وكسا عشرة ، وأعتق رقبة ، وقصد كل نوع منها عن واحدة ، فإنها تجزئ سواء عين كل كفارة اليمين أم لا ، وكذا يجزىء إن لم ينو شيئا ، وإنما المضر أن يشرك بأن يجعل العتق عن الثلاثة ، وكذا الإطعام والكسوة .

قوله : (وإذا فرق صومها) مفهومه : أنه لو لم يفرق لاكتفى بنية واحدة ، وليس كذلك ، إذ الراجح أنه لابد من التبييت كل ليلة ، لأن هذا التتابع ليس بواجب ، وهل يجب عليه إذا كانت إطعاما أو كسوة وشرع فيها المتابعة فورا ؟ والظاهر : أنه لا يجب .

قوله : (ظاهره مطلقا) والصواب : أن محل الإجزاء إذا كانت بالله ، أو بعتق معين ، أو طلاق بالغ الغاية ، أو بصدقة بمعين ، سواء كانت اليمين فى هذه المذكورات على حنث أو بر ، وأما إن كانت بمشى ، أو بصيام ، أو بصدقة بغير معين ، أو بعتق غير معين ، أو بطلاق قاصر عن الغاية ، فكذلك إن كانت الصيغة صيغة حنث غير مقيدة بأجل ، لا إن كانت صيغة بر أو حنث مقيدة بأجل ، فلا يجزىء التكفير قبل الحنث .

فإن قلت : كيف يخرجها فى صيغة الحنث قبل حنثه ، إذ إخراجه لها فيه عزم على الضد ؟ **قلت** : يمكن إخراجه مع التردد فى عزمه على الضد ، ثم يجزم به بعد الإخراج ، وفى الشيخ عبد الباقى : وقد يتوقف فى إجزائه عنها مع التردد .

وصورة الطلاق البالغ الغاية أن يقول : إن دخلت الدار فامرأته طالق ثلاثا ، ثم طلقها ثلاثا ، أو متممها ، ثم عادت إليه بعد زوج شرعى قبل دخول الدار ، ثم دخلها وهى فى

(و) لكن تكفيره (بَعْدَ الْحِنْثِ أَحَبُّ إِلَيْنَا) أي إلى المالكية .

ولما أنهى الكلام على الأيمان وما يتعلق بها ، انتقل يتكلم على النذور ، جمع : نذر .

وهو **لغة** : الوجوب ، قال تعالى : ﴿ إِنِّى نَذَرْتُ لِلرَّحْمَٰنِ صَوْمًا ﴾ [مريم : ٢٦] أى : أوجبت .

وشرعا : التزام ما يلزم من القرب فقال : (وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يُطيعَ ٱللّهَ فَلْيُطِعْهُ

عصمته ، فلا شيء عليه . وإطلاق التكفير عليها مجاز بمعنى : أنه لا تعود إليه اليمين فى العصمة الجديدة ، بخلاف ما إذا طلقها دون الغاية ، ثم عادت له ، ولو بعد زوج ، فإنها تعود عليه اليمين ، فلا يدخل الدار ، فإن دخلها حنث .

قوله : (أى إلى المالكية) أى : لا غيرهم ، ولا يخفى بعد هذا ، فالأحسن : أحب إلينا أي المصنف ، ردا على أشهب القائل : بعدم الإجزاء ؛ أو على من يقول بعدم جواز تقديم الصوم دون غيره .

قوله : (وما يتعلق بها) أى : من بيان الكفارة .

قوله : (وهو لغة الوجوب) المناسب لقوله -- أى أوجبت -- أن يقول : الإيجاب .

قوله : (وشرعا التزام) المناسب لقوله -- أى أوجبت -- أن يقول إيجاب أى : إلزام نفسه قربة .

وقوله : (ما يلزم) أى : شيء يلزم ، والأحسن حذف قوله يلزم ، لأن هذا اللزوم من الالتزام .

وقوله : (من القرب) أى : جنس القرب بيان لما ، أى : التزام مسلم مكلف ، أى لا كافر ، وندب له الوفاء به إن أسلم ، ولا صبي ، وندب له وفاءه بعد بلوغه .

وشمل المكلف العبد ينذر مالا أو غيره ، ولربه منعه فى غير المال إن أضر به فى عمله حيث نذره بغير إذنه أو بإذنه ، وكان مضمونا وعليه إن عتق مالا أو غيره .

وشمل أيضا السفيه -- ذكرا أو أنثى -- فيلزمه نذر غير المال لا المال فلا يلزمه ، فعلى وليه رده كله ، ورده إبطال ، فإن رده سقط عنه ، وإن لم يرده واستمر بيده حتى رشد لزمه الوفاء به .

وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَعْصِيَ ٱللَّهَ فَلَا يَعْصِهِ) هذا لفظ حديث فى الصحيح [١] فبين ﷺ : أن النذر على قسمين : **نذر طاعة** يجب الوفاء به ، **ونذر معصية** لا يجب الوفاء به . ولكن هل يكون عليه كفارة ؟ وهو قول أبى حنيفة ، أو لا كفارة عليه ؟ وهو مذهب الجمهور ، وإليه أشار بقوله : (وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ وَمَنْ نَذَرَ صَدَقَةَ مَالِ غَيْرِهِ أَوْ عِتْقَ)

وشمل أيضا مريضا ، وزوجة رشيدة ، ولو بزائد الثلث فيهما ، لكن إن أجازه الزوج والوارث ، وإلا نفذ ثلث المريض ، وللزوج رد الجميع .

وشمل أيضا نذر من سكر بحرام حال سكره وأولى قبله ، ويلزمهما الوفاء به إذا أفاقا ، لا بحلال فكالمجنون ، وانظر هل يندب لهما الوفاء إذا أفاقا ؟ وفى بعض الشراح : التصريح بأن المجنون يندب له الوفاء بعد الإفاقة كالصبى إذا بلغ .

وقوله : (من القرب) أى : المندوبة ، ولزم نذر صوم رابع النحر ، وإحرام بحج قبل زمانه أو مكانه مع كراهة ذلك ، لأن الصوم والإحرام مطلوبان مع قطع النظر عن الزمن ، وغير مطلوبين عند ملاحظته ، فالنذر يتعلق بهما نظرا للحالة الأولى .

وانظر نذر صلاة بعد فجر ، وفرض عصر ، وبقية المكروهات ، هل تلزم أيضا نظرا لمطلق النفل أو لا نظرا للوقت ؟

وقلنا : المندوبة ، احترازا عن نذر الواجب فلا معنى له ، لأن فيه تحصيل الحاصل ، وانظر حكم الإقدام . واستظهر التحريم وعن نذر المحرم كزنا ، والمكروه كنذر نفل بعد فرض عصر ، والمباح كنذر مشى بسوق إذ لا قربة فيه . ونذر المحرم محرم ، وفى كون المكروه والمباح كذلك أو مثلهما قولا الأكثر مع ظاهر الموطأ والمقدمات ، قاله ابن عرفة . قيل : ولعل وجه الحرمة فيهما أن فيه قلب الأوضاع الشرعية عن موضوعها ، حيث علم أنه يلزم به المندوب .

قوله : (فليطعه) أى : وجوبا بفعل ما نذره ، ولو فى حالة الغضب وهو المسمى : بنذر اللجاج ، أو قصد به دفع الضرر عن نفسه ، وهو المسمى : بنذر التبرر ، كمن نذر عتق عبده لكراهة إقامته عنده ، فيلزمه الوفاء بذلك .

---

(١) الموطأ : ٤٧٦/٢ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .
صحيح البخارى : كتاب الأيمان والنذور – باب النذر فى الطاعة – فتح البارى : ٥٨١/١١ المكتبة السلفية القاهرة .

رقبة (عَبْدِ غَيْرِهِ) كره و (لَمْ يَلْزَمْهُ شَىْءٌ) لا صدقة ولا عتق ما لم يعلق ، فإن علق بشرط لزم عند وجود الشرط على المشهور ، نحو : لله علىّ أن أعتق عبد فلان إن ملكته .

وقسم النذر على ثلاثة أقسام : **قسم معلق** وهو : ما علق بمتوقع ، **ومطلق** وهو : ما لم يقيد بشيء ، **ومبهم** وهو : ما ليس له مخرج .

وأشار إلى الأول بقوله : (وَمَنْ قَالَ إنْ فَعَلْتُ كَذَا) سواء كان واجبا ، أو حراما ، أو كيفما كان (فَعَلَيَّ نَذْرُ كَذَا) فإنه يلزمه ما نذر إن فعل ما شرطه . (وكَذَا) إن قال : (لِشَىْءٍ يَذْكُرُهُ مِنْ فِعْلِ الْبِرِّ مِنْ صَلَاةٍ) أى : صلاة تطوع

قوله : (كره ولم يلزمه شيء) بحث فيه **عج** : بأن غايته أن يكون مباحا ، ونذر المباح حرام عند الأكثر ؛ وأما إن أراد إن ملكه ، فالظاهر أنه من نذر المندوب فلا يكره ، وقال ابن عمر : ومن نذر الخ يريد إلا أن ينوى تمليك ذلك ، فيلزمه إذا ملكه .

قوله : (بشرط) أى : على شرط .

قوله : (على المشهور) ومقابله لا يلزمه .

قوله : (بمتوقع) أى : بمرجو الحصول خصه بالذكر لكونه الغالب ، وإلا فغيره كذلك عند وجود الشرط .

قوله : (أو كيفما كان) أى : أو ما كان على أى كيفية أى : غير ما تقدم .

قوله : (نذر كذا) الإضافة للبيان أى : منذور هو كذا ، كما هو ظاهر لمن تأمل .

قوله : (وكذا) فيه إشارة إلى أن كذا الثانى مستأنف مرتبط بما بعده .

قوله : (لشيء) اللام زائدة ، أى : وكذا إن ذكر شيئا أى : بلسانه ، أو بقلبه ، كما قاله **تت** .

فقوله : (يذكُره) تأكيد ، ولا يخفى أن تلك الجزئيات من ماصدقات كذا الأول ، فهى مستغنى عنها ، ولا أوجب هذا إلا جعله كذا الثانى مستأنفة ، والأحسن : أن وكذا الثانى معطوف على كذا الأول . ويكون قوله : **لشيء يذكره** ، جوابا عن سؤال مقدر ، كأنه قيل : أى شيء كذا وكذا ؟ فقال : شيء يذكره من فعل البر ، واللام فى – لشيء – زائدة .

وقوله : (من فعل البر) بيان لشيء ، وإضافة فعل لما بعده من إضافة العام للخاص ، فهى للبيان .

(أَوْ صَوْمٍ) كذلك (أَوْ حَجّ) كذلك (أَوْ عُمْرَةٍ أَوْ صَدَقَةِ شَيْءٍ سَمَّاهُ فَذَلِكَ) أى : كل واحد مما ذكر من الصلوات وما بعدها ، يريد ونحو ذلك من القرب كالعتق ، والذكر (يَلْزَمُهُ) ما نواه أو سماه إن حنث ، أما إذا لم ينو الصلاة ولا سماها ، فيلزمه أقل ما يطلق عليه اسم الصلاة وهو : ركعتان . وأما الصوم إذا لم يسمه ، فيلزمه أقل ما يطلق عليه اسم الصوم وهو : يوم . وأما الحج فقال فى المدونة : إن كلمت فلانا فعلىّ المشي إلى مكة فكلمه ، لزمه المشي فى حج أو عمرة . وأما الصدقة إذا لم يسم شيئا ، فيلزمه ثلث ماله – كما سينص عليه – أما إذا سمى ، فظاهر كلامه أنه يلزمه ما سماه ، ولو كان كل ماله ع ، فإن ذكر

وقوله : (من صلاة) بيان لفعل البر ، واحترز به من الحرام ، والمباح ، فلا يلزمه **تت** .

قوله : (سماه) أى : بين قدره لفظا أو نية ، فالتعميم الأول متعلق بأصل العبادة ، وهذا متعلق ببيان القدر .

قوله : (من الصلوات) المناسب لما تقدم الصلاة .

قوله : (ما نواه أو سماه) لو قال : ما سماه الشامل للسان والقلب لكفاه ، ويطابق ما تقدم .

تنبيه : يلزمه ما فى نيته إن تخالف مع لفظه قاله : **عج** .

قوله : (إن حنث) استشكل : بأن الحنث إنما يكون باليمين بالله تعالى ؟ أجيب : بأن إطلاق الحنث على النذر المقيد عند الفقهاء مجاز .

قوله : (اسم الصلاة) يجوز أن تكون الإضافة للبيان ، وأن تكون حقيقية ، وكذا يقال فيما بعده .

قوله : (فقال فى المدونة الخ) هذا التمثيل لا يناسب قوله قبل : فيلزمه ثلث ماله أى أنه قال : إن فعلت كذا فعلىّ صدقة مالى ، ولو لم ينو شيئا ، فإنه يلزمه ثلث ماله ، وأما إذا قال : فعلىّ صدقة ، ولم يسم شيئا ، فيتصدق بالدرهم ونصفه وربعه والفلس والفلسين ، وما زاد فهو خير . قال فى الجواهر : إن التزم مطلق الصوم فيوم ، إلا أن ينوى أكثر ، أو مطلق الصلاة فركعتان ، أو مطلق الصدقة فأقل ما يتصدق به قال فى الشامل : وأتى بعبادة كاملة إن نذر صوم بعض يوم ، أو صلاة ركعة ، أو طواف شوط .

قوله : (يلزمه ما سماه ولو كان كل ماله) أى : فإذا سمى شيئا فإنه يلزمه ما سماه

الدار ، ولم يكن عنده إلا هي لزمه ذلك ، وهذا بخلاف قوله بعدُ : (وَمَنْ جَعَلَ [١] مَالَهُ صَدَقَةً أَوْ هَدْياً أَجْزَأَهُ ثُلُثُهُ) فقال الشيوخ : قوله : ومن جعل إلى آخره ، يريد إذا جعله كله ، ولم يستثن منه شيئا ، ولا سماه ، أما إذا سماه ، فإنه يلزمه ما سمى ، وهو الذى قال هنا ، هذا هو المشهور انتهى .

ثم أشار إلى القسم الثانى آتيا بكاف التشبيه فقال : (كَمَا يَلْزَمُهُ لَوْ نَذَرَهُ مُجَرَّدًا مِنْ غَيْرِ يَمِينٍ) أى : يلزمه المقيد بوقوعه ، كما يلزمه الذى لا تعليق فيه ، نحو : لله عليّ صوم أو صلاة أو غيرهما .

بنحو : نصف ، أو ثلث بل ولو كان كل ماله ، كما إذا قال : لله عليّ ألف دينار ، ولم يكن عنده سوى ذلك ، فيلزمه تلك الألف .

قوله : (فإن ذكر الدار الخ) كما إذا قال : داري الفلانية صدقة ، فإنها تلزمه وإن استغرق ذلك جميع ماله .

قوله : (وهذا بخلاف) أى : فبين الموضعين تناف .

قوله : (فقال الشيوخ) جواب عدم المنافاة .

قوله : (وهو الذي قال هنا) أى : قول المصنف هنا : أو صدقة شيء سماه .

قوله : (هذا هو المشهور) أى : من كونه إذا لم يسم يلزمه الثلث ، وإذا سمى يلزمه كله ، ومقابله فى الأولى : أنه يلزمه ما لا يضر به ، وهو لسحنون ، وجميعه : وهو لابن وهب : ومقابله فى الثانى : أنه يلزمه الثلث ، وهو لأصبغ .

قوله : (أي يلزمه المقيد بوقوعه الخ) ظاهره : بوقوع المقيد ، وليس بصحيح ، فالمناسب أن يقول : أى يلزمه المقيد بوقوع شيء عند وقوع ذلك الشيء .

قوله : (كما يلزمه [٢] الخ) ظاهره : أن الكاف داخلة على المشبه به ، وهو مخالف لقاعدة الفقهاء : أن الكاف داخلة على المشبه ، فالأحسن أن يجعلها داخلة على المشبه .

---

(١) قدم الشارح هذا النص عن مكانه فى الرسالة لبيان أن لا تعارض بين النصين لاختلاف صورتيهما وسيشرحه فى مكانه انظر ص ٦٣ .

(٢) فى المطبوعة : قوله : (أى يلزمه المقيد بوقوعه) وهو لا شك خطأ مطبعى ولأن الشرح بعده لا يتناوله ، والصواب بإذن الله ما أثبتناه .

ثم أشار إلى القسم الثالث بقوله : (وإنْ لَمْ يُسَمِّ لِنَذْرِهِ مَخْرَجاً مِنَ ٱلْأَعْمَالِ) كقوله : لله عليّ نذر ، ولم يسم هل هو صلاة ، أو صوم ، أو حج ، أو ما أشبه ذلك ؟ (فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ) على المذهب (وَمَنْ نَذَرَ مَعْصِيَةً مِنْ قَتْلِ نَفْسٍ أَوْ شُرْبِ خَمْرٍ أَوْ شِبْهِهِ) كالنبيذ (أَوْ) نذر (مَالَيْسَ بِطَاعَةٍ وَلَا مَعْصِيَةٍ) كالمباح والمكروه (فَلَا شَيْءَ) أي : لا كفارة (عَلَيْهِ لِيَمِينِهِ) فى الفرعين ، وفى كلامه تكرار بالنسبة للفرع الأول مع قوله قبل : ومن نذر أن يعصى الله فلا يعصه . واختلف : هل قوله : (وَلْيَسْتَغْفِرِ ٱللَّهَ) راجع لنذر المعصية فقط ، أو له ولما بعده ؟

قوله : (وإن لم يسم لنذره مخرجا الخ) أى : ولم ينو ، أو أنه أراد بالتسمية : ما يشمل التسمية فى اللفظ أو فى النية ، كما أفاده تت .

قوله : (مخرجا) محل الخروج أى : لم يسم لنذره شيئا يخرج منه النذر ، أى : يتحقق به ، من تحقق الكلى فى بعض جزئياته ، ومثل النذر الذي لا مخرج له : اليمين ، والكفارة ، كما إذا قال : لله عليّ يمين أو كفارة ، فعليه كفارة يمين .

قوله : (فعليه كفارة يمين) أى : لأن المبهم كاليمين بالله فى الاستثناء ، واللغو والغموس ، والكفارة .

واعلم : أن محل كونه نذرا مبهما إذا قال : لله عليّ نذر ، أو إن فعلت كذا فلله عليّ نذر ، وكعليّ نذر حيث لم يعلقه ، فإن علقه فيمين ، فلله عليّ صيغة نذر مطلقا وعليّ كذا صيغته إن لم يعلق ، وإلا فيمين .

قوله : (على المذهب الخ) هذا يفيد وجود خلاف فى المذهب ، ووجدت فى كلام بعض أئمتنا ما يفيد أنه متفق عليه ، وأن المخالف فى ذلك الشافعى ، فله قولان : قول بعدم الانعقاد ، وقول بأنه ينعقد ويلزمه أقل ما يقع عليه الاسم .

قوله : (بالنسبة للفرع الأول) أى : الذى هو قوله : ومن نذر معصية .

قوله : (خمر) هو المسكر من ماء العنب ، والنبيذ هو المسكر من غيره .

قوله : (وليستغفر الله) المراد بالاستغفار التوبة .

قوله : (أو له ولما بعده) هذا هو الراجح .

قولان (وإنْ حَلَفَ) إنسان (بـ)ـاسم (ٱللَّهِ) أو بصفة من صفاته النفسية أو المعنوية (لَيَفْعَلَنَّ مَعْصِيَةً) من معاصي الله تعالى ، كشرب الخمر ، أو قتل نفس ، أو سب من لا يجوز سبه (فَلْيُكَفِّرْ عَنْ يَمِينِهِ) الذى حلفه (ولا يَفْعَلْ ذَٰلِكَ) المحلوف عليه (وإنْ تَجَرَّأَ) أى : اقتحم (فَفَعَلَهُ) أيِ : المحلوف عليه مع علمه بأنه معصية ، ولم يبال بعقوبة عاقبته (فَهُوَ آثِمٌ) لفعله المعصية (ولا كَفَّارَةَ عَليهِ لِيَمِينِهِ) لأنه بر فى يمينه .

ثم انتقل يتكلم على تكرر الكفارة ، وعدم تكررها بتكرر اليمين بالصفات فقط ، أو بها ، وبالأسماء .

أما الأول فأشار إليه بقوله : (وَمَنْ قَالَ عَلَيَّ عَهْدُ ٱللَّهِ وَمِيثَاقُهُ في يَمِينٍ فَحَنِثَ فَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ) لأن العهد يمين ، والميثاق يمين ، فإذا جمعهما فقد حلف

قوله : (أو المعنوية) أراد بها ما يشمل المعانى .

قوله : (فليكفر عن يمينه) ومثل الحلف بالله : الحلف بالنذر المبهم فيؤمر بإخراج النذر ، ولا يفعل ما حلف عليه . وأما إن كانت اليمين مما لا تكفر : كالحلف بالطلاق أو العتق ، لوجب عليه طلاق الزوجة ، وعتق العبد ؛ لكن بحكم حاكم ، بدليل أنه لو فعل المحلوف عليه قبل الحكم عليه ، لبر هذا إذا لم يقيد بالأجل ، وإن قيده بالأجل ، فلا يحال بينه وبين زوجته حتى يحل .

قوله : (أى اقتحم) أى : ارتكب .

وقوله : (وفعله) عطف تفسير .

وقوله : (ولم يبال) لازم لما قبله .

وقوله : (بالصفات فقط) متعلق بتكرر اليمين ، أي : يكرر اليمين بالصفات ، أو تصوير لليمين كما أفاده بعضهم : من أن اليمين المحلوف به ، وأراد الصفات ولو بحسب اللفظ ، فلا ينافي أن العهد والميثاق يرجعان إلى صفة الكلام .

قوله : (أو بها وبالأسماء) أى : أو بالأسماء فقط .

قوله : (في يمين) احترز بذلك عن أن يقول ذلك فى غير يمين ، كقوله : عليَّ عهد لأفعلن كذا ، فإنه غير يمين .

قوله : (لأن العهد يمين الخ) إشارة لما ذهب إليه بعضهم من أن اليمين الاسم ،

يمينين ، وما ذكره خلاف المشهور ؛ فقد صرح فى التوضيح : بأن الكفارة لا تتعدد على المشهور ، قال : وصححوا تأويله على المدونة .

وأشار إلى التأويل الثانى بقوله : (وَلَيْسَ عَلَى مَنْ وَكَّدَ الْيَمِينَ فَكَرَّرَهَا فِي شَيْءٍ وَاحِدٍ غَيْرُ كَفَّارَةٍ وَاحِدَةٍ) مثله : قول ابن حبيب ، وابن الحاجب : وإذا كرر اليمين على شيء واحد لم تتعدد ، وإن قصد التكرار على المشهور ما لم ينو كفارات . ابن عبد السلام يعنى : أن الحالف بشيء من أسماء الله تعالى أو صفاته ، إذا حلف على شيء ، ثم كرر اليمين بذلك الاسم بعينه ، أو الصفة بعينها ، على ذلك الشيء بعينه ، فإن نوى باليمين الثانية تأكيد الأولى ، أو لم تكن له نية ، لم تتعدد الكفارة عليه بالحنث اتفاقا ، وإن قصد تعدد الكفارة تعددت اتفاقا ، وإن قصد الإنشاء به ، ولم يتعرض إلى تعدد الكفارة ، فالمشهور : أنها لا تتعدد

أو الصفة المحلوف بها .

قوله : (فقد صرح فى التوضيح) أى : سواء قصد الحالف بتعددها التأكيد ، أو الإنشاء ، أو لا قصد له إلا أن ينوى كفارات ، وكذا لو اختلف المعنى : كالعلم ، والقدرة ، فالحاصل : أنه لا يلزمه إلا كفارة واحدة ولو كانت اليمين بألفاظ مختلفة المعانى ، أو بجميع الأسماء والصفات .

قوله : (تأويله على المدونة) الأولى أن يقول : وصححوا تأويل المدونة به .

قوله : (وأشار إلى التأويل الثانى الخ) لا شك أن هذا شامل للأسماء مع الصفات ، وللأسماء فقط بل وللصفات فقط ، ولا يتكرر مع السابق لأنه فى هذا أتى بحرف القسم كوالله .

قوله : (وكد) أراد التوكيد .

قوله : (وإن قصد التكرار) أى : قصد الإنشاء .

قوله : (أو صفاته) أو مانعة خلو تجوز الجمع ، أى : أو بهما .

قوله : (فالمشهور أنها لا تتعدد). وقيل : تتعدد ، وسواء كانت الأيمان فى مجلس أو مجالس ، والظهار مثل اليمين بالله ، بخلاف ألفاظ الطلاق ، فإنه يتعدد بتعددها إلا أن ينوي التأكيد إذا كررها بغير عطف أى : وكان نسقا ، لأن العصمة يشدد فيها أكثر من غيرها .

اهـ ومفهوم فى شيء واحد : أنه لو كررها فى شيئين – مثلا – لزم لكل كفارة يمين نحو : والله لا أكلم فلانا ، والله لا آكل من هذا الطعام ، والله لا ألبس هذا الثوب (وَمَنْ قَالَ) والعياذ بالله (أَشْرَكْتُ بِاللهِ أَوْ هُو يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ) أو عابد وثن ، ونحو ذلك (إِنْ فَعَلَ كَذَا) ثم فعله (فَلَا شَيْءَ) أي : لا كفارة (عَلَيْهِ) فى شيء من ذلك ، لأن الحلف بغير أسماء الله أو صفاته ، لا تنعقد به يمين (وَلَا يَلْزَمُهُ غَيْرُ الاسْتِغْفَارِ) ظاهره : ولا تطلب منه الشهادة ، وقيل تطلب منه مع الاستغفار . (وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئاً مِمَّا أَحَلَّ اللهُ لَهُ) من طعام ، أو شراب ، أو غير ذلك (فَلَا شَيْءَ) أى : لا كفارة (عَلَيْه) ويلزمه الاستغفار ، لأنه آثم بذلك ، لأن المحلل والمحرم هو الله تعالى ، وقد ذم الله تعالى من فعل ذلك بقوله تعالى : ﴿ قُلْ أَرَأَيْتُم مَّا أَنْزَلَ ٱللَّهُ لَكُم مِّن رِّزْقٍ فَجَعَلْتُم مِّنْهُ حَرَاماً وَحَلَالاً قُلْ ءَآللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى ٱللَّهِ تَفْتَرُونَ ﴾ [يونس : ٥١] .

ويستثنى مما قال مسألتان أشار إلى **إحداهما** بقوله : (إِلاَّ فِي زَوْجَتِهِ) إذا قال هى عليّ حرام (فَإِنَّهَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ) لأن تحريمها طلاقها ثلاثا لا تحل له (إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ) هذا فى المدخول بها ، وأما غير المدخول بها فينوى فيها – كما سيقول فى النكاح – .

قوله : (والعياذ بالله الخ) أى : والاعتصام كائن بالله .

قوله : (أو عابد وثن) ومثل ذلك : هو بريء من الله ، كما قاله فى الإرشاد .

قوله : (ولا يلزمه غير الاستغفار) المراد منه التوبة أى : ولا يطلب منه الشهادة ، فلا ينافي أنه يطلب منه زيادة على الاستغفار التقرب بشيء من أنواع القربات : كعتق ، أو صدقة ، أو صوم ، ولو قال : إن فعل كذا ، يكون مرتدا ، أو على غير ملة الإسلام ، أو يكون واقعا فى حق رسول الله فكذلك .

قوله : (وقيل تطلب منه) أى : مع الاستغفار ضعيف ، والأول هو الراجح .

قوله : (إذا قال هي عليّ حرام) أى : وأما لو قال : الحلال عليّ حرام ، وعزل الزوجة أو لا قبل التلفظ باليمين ، فإنه لا شيء عليه فى الزوجة ، وتلك النية تكفيه ولو مع قيام البينة . واختلف هل يحلف أو لا ؟ وقولنا : أو لا احترازا عما لو طرأت نية العزل بعد النطق باليمين ، فلا تكفى النية ، ولابد من الاستثناء نطقا متصلا ، وقصد حل اليمين .

قوله : (وأما غير المدخول بها) ملخصه : أن غير المدخول بها يلزمه فيها الثلاث إلا أن ينوى أقل .

والثانية : إذا حرم أمته ، ونوى به العتق فإنها تصير حرة ، بذلك تحرم عليه لا يطؤها إلا بنكاح جديد .

(وَمَنْ جَعَلَ مَالَهُ كُلَّهُ صَدَقَةً) لله تعالى (أَوْ هَدْياً) يبعثه (إِلَي بَيْتِ ٱللهِ)

قوله : (ونوي به العتق) وأما إذا لم يقصد العتق ، فهي كتحريم الطعام والشراب ، فلا يلزم بتحريمه إلا الاستغفار .

مسألة : لو قال شخص لزوجته : أنت طالق كلما حللت حرمت فهل تحل له بعد زوج ؟ في جوابه تفصيل : إن قصد : كلما حل لي العقد عليك فهو حرام ، لم يلزمه شيء لأنه بمنزلة تحريم الطعام . وإن قصد : كلما حللت وتزوجتك فأنت حرام ، فإنها لا تحل له أبدا ؛ وإن لم يقصد واحدا من هذين ، فالظاهر : حمله على الثانى لكثرة قصد التأمل له .

قوله : (ومن جعل ماله الخ) يعنى : أن الحالف بماله للفقراء ، أو المساكين ، أو هبته لهم ، أو هدى من كل ما فيه قربة معينة ، فإنه إذا حنث يلزمه ثلث ماله من عين ودين ، أى : عدده ، أو قيمته على مامر فى الزكاة فيما يظهر ، ومن عرض ، وقيمة كتابة مكاتب .

ثم إن عجز ، وكان فى قيمة رقبته فضل عن قيمة كتابته ، أخرج ثلثه ولا شيء عليه فى أم ولده ، وكذا تعتبر أجرة المدبر والمعتق لأجل ، لا خدمتهما ، ولا ذاتهما .

والمعتبر ثلث الموجود حين يمينه ، لا مازاد بعده بهبة ، أو نماء ، أو ولادة ، فلو حلف وماله ألف ، فحنث وهو ألفان ، لزمه ثلث الألف ، وعكسه ثلث الألف رفقا به ، فإن نقص يوم الحنث عن يوم اليمين بنفقة أو غيرها : كهلاك ولو بتفريط فى صيغة بر ، فما بقى يجزىء ثلثه فقط ، بعد حساب ما عليه من دين ، ولو مؤجلا : كمهر زوجته .

وقلنا في صيغة بر ، وأما ما تلف بتفريط في صيغة الحنث فيلزمه ثلثه حين يمينه . نعم يتفق مع صيغة البر فى أن ما هلك بعد الحنث بتفريط أو بغيره يلزمه ثلثه حين يمينه .

لكن فى أبى الحسن على المدونة : أن محل ذلك ما لم يكن بعده بقرب بلا تفريط ، فإنما يلزمه ثلث ما بقى . هذا كله فى اليمين . كما قررنا .

وأما لو نذر ماله ، فإنه يلزمه ثلث ما نقص بنفقته لا بتلف ولا بتفريط ، فثلث ما بقى يوم الإخراج .

قوله : (أو هديا) كما لو قال : لله عليَّ أن أهدى جميع مالى .

الحرام (أَجْزَأَهُ ثُلُثُهُ) ع : يريد إذا كان ذلك فى يمين ، أو نذر ، ويريد أيضا ما لم يسم شيئا ، أما إذا سمى لزمه ولو كان كل ماله ، يدل عليه قوله قبل : أو صدقة شيء سماه ؛ ويريد : ما لم يستثن لنفسه شيئا ، أما إذا استثنى من ماله فإنه ينفعه ولو درهما ؛ والأصل فيما ذكر : ما فى الموطأ : أن أبا لبابة - رضى الله عنه - حين تاب الله عليه قال : يارسول الله أهجر دار قومى التى أصبت فيها الذنب ، وأجاورك ، وأنخلع من مالى صدقة لله ولرسوله ؛ فقال عليه الصلاة والسلام : « يُجْزِيكَ مِنَ ذَلِكَ

قوله : (فى يمين أو نذر) مثال الأول إن فعلت كذا فمالى صدقة ومثال النذر : كما قال فى التحقيق : أن يقول : لله عليَّ أن أتصدق بجميع مالى ، أو أهدى جميع مالى .

قوله : (ويريد أيضا ما لم يسم شيئا) ويريد أيضا ما لم يتصدق به على معين بالشخص : كزيد ، أو بالوصف : كبنى زيد ، فيلزمه الجميع حين حلفه إلا أن ينقص ، فما بقى ، وكذا يقال فيما إذا سمى ، ويترك له ما يترك للمفلس .

قوله : (أما إذا سمى الخ) الفرق بين مَالى للفقراء ولم يستثن يلزمه الثلث ، وبين من سمى يلزمه جميع ما سماه : أن من سمى ، لم يضيق على نفسه بل أبقى لنفسه شيئا ولو ثياب ظهره ، ومن قال مالى ولم يستثن شيئا ، ضيق على نفسه ، لأن لفظ مالى يستغرق جميع ما يملكه ، ولو لم يعلم به ، فخفف عنه واكتفى فيه بثلثه .

تنبيه : اعلم : أنه واجب عليه إخراج ثلثه إلا أنه لا يقضى عليه بذلك ، لأن النذر - ولو لمعين - لا يقضى به ، ومثله : الصدقة ، والهبة ، والحبس إذا كانت بيمين مطلقا ، أو بغيرها على غير معين ، وأما لو كانت بغير يمين - ولو لمعين - لقضى بها ، لأنه التزام معروف .

قوله : (فإنه ينفعه) المناسب أن يقول : فإنه يلزمه كله إلا ما استثناه فتدبرْ .

قوله : (أن أبا لبابة) بشير ، وقيل رفاعة .

قوله : (حين تاب الله عليه) من تخلفه عن غزوة تبوك ، فارتبط بسارية المسجد حتى نزل : ﴿ وَآخَرُونَ اعْتَرَفُواْ بِذُنُوبِهِم ﴾ الآية [التوبة : ١٠٢] .

قوله : (أهجر) بتقدير همزة الاستفهام .

قوله : (وأجاورك) فى مسجدك ، أو أسكن ببيت بجوارك .

قوله : (صدقة لله ولرسوله) يصرفها فى وجوه البر .

الثُّلُثُ »[1] (ومَنْ حَلَف بنَحْرِ وَلَدِهِ) الواحد مثل أن يقول : إن فعلت كذا فعلىَّ نحر ولدى (فَإِنْ ذَكَرَ مَقَامَ إِبْرَاهِيمَ) الخليل عليه الصلاة والسلام (أَهْدَى هَدْيًا) واحدا وأعلاه بدنة ، ثم بقرة ، ثم شاة (يُذْبَحُ بِمَكَّةَ) بعد أن يدخل به من الحل أو بمنى إن أوقفه بعرفة واختلف هل الهدى المذكور مستحب ؟ - وهو قول عبد الوهاب - أو واجب ؟ وهو ظاهر قول الشيخ (وَتُجْزِئُهُ شَاةٌ) أى مع الكراهة مع

قوله : (ومن حلف بنحر ولده) المشهور : أنه لا فرق بين ولده ، وقريبه ، والأجنبى ، ونفسه ، فى أنه إن ذكر ، أو نوى مقام إبراهيم ، أى : قصته مع ولده ، فيلزمه الهدى ، لا مقام مصلاه فإنه لا يلزمه شىء ، كما إذا نوى قتله ولو مع ذكر مقام إبراهيم ، ومثل ذلك : ما لو ذكر ، أو نوى أمكنة من أمكنة النحر : كمكة ، أو منى ، أو موضعا من مواضعها ، وليست مزدلفة منها أو تلفظ بالهدى ، أو نواه ، فإنه يلزمه الهدى ، كأن يقول : علىّ هدى فلان ، أو نحره هديا ؛ وإن قصد حقيقة النحر فلا شىء عليه ، لأنه معصية . وإن لم يقصد شيئا منهما ، فإنه يلزمه الهدى .

فالحاصل : أن الأقسام ثلاثة : إن قصد الهدى والقربة لزمه ذلك اتفاقا ؛ وإن قصد المعصية لم يلزمه شىء اتفاقا ، واختلف حيث لا نية ، والمشهور : أن عليه الهدى ، لأن قوله : لله علىّ هدى فلان ، أو حلف به وحنث ، حقيقة عرفية فى التزام الهدى ، وسيأتى .

يقول : إن لم يذكر أى : ولم ينو مقام إبراهيم ، ولا لفظ بالهدى ، إلى آخر ما تقدم ، فإنه لا يلزمه شىء ، لا فرق بين أن يكون قريبا ، أو أجنبيا ، أو نفسه ، بأن قال : لله علىَّ نحر نفسى ، أو قال إن فعلت كذا فعلى نحره ، أو هو بدنة لأنه معصية ؛ وهذا إذا كان فلان حرا ، وأما العبد فإن كان عبد نفسه فعليه هدى ، وإن كان عبد غيره ، فلا شىء عليه .

قوله : (أو واجب) وهو الراجح .

قوله : (أى مع الكراهة الخ) وينبغى أن يكون مثله ما إذا فعل البقرة مع القدرة على البدنة .

---

(١) الموطأ : ٤٨١/٢ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباق .

القدرة على أعلى منها ، والمراد بها هنا : الذكر والأنثى ، واحترز بولده مما إذا حلف بنحر أجنبى ، فإنه لا شىء عليه على المشهور ، وقيدناه بالواحد احترازا مما إذا حلف بنحر ولدين فأكثر ، فإن الهدى يتعدد عند ابن القاسم (وإنْ لَمْ يَذْكُرِ ٱلْمَقَامَ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لا هدى ، ولا كفارة ، وإنما عليه الاستغفار من ذلك (وَمَنْ حَلَفَ بالمَشْيِ إلَي مَكَّةَ) مثل أن يقول : إن فعلت كذا ، فعلىَّ المشى إلي مكة (فَحَنِثَ فَعَلَيْه المَشْيُ) لزوما (مِنْ مَوْضِعِ حَلِفِهِ) يريد من البلد الذى حلف فيه ، لا من

قوله : (والمراد بها هنا الخ) لا وجه للتقييد بهنا ، لأن الشاة تقع على الذكر والأنثى فيقال : هذا شاة للذكر ، وهذه شاة للأنثى ، وشاة ذكر وشاة أنثى .

قوله : (واحترز بولده الخ) الراجح : أنه إذا حلف بنحره الأجنبى ، وذكر مقام إبراهيم ، أو غيره مما تقدم ، فإنه يلزمه هدى كما تقدم .

قوله : (فإن الهدى يتعدد عند ابن القاسم) وقيل هدى كاف ، ذكره الشيخ أبو الحسن ، وذكر : أن الحق التعدد .

قوله : (حلف بالمشى) مفهومه : لو حلف ، أو نذر المسير ، أو الذهاب لا يكون حكمه كذلك ، أى : ولا يلزمه شىء إلا أن ينوى حجا أو عمرة ، فيلزمه ما نواه ، وله أن يركب إلا أن ينوى ماشيا ، فإن قيل : المسير والذهاب كالمشى ، فلِمَ لزم الحج أو العمرة فى المشى دون غيره ؟ فالجواب : أن العرف اشتهر فيه استعمال لفظ المشى في الحج أو العمرة ، بخلاف لفظ نحو ، المسير ، أو الركوب ، وأيضا السنة جاءت بذلك .

قوله : (إلى مكة) أى : والبيت ، أو إلى جزء متصل به : كالحجر ، والملتزم ، والركن ، والباب . وأما لو قال : علىّ المشى إلى الصفا ، أو المروة ، أو عرفة ، فلا يلزمه شىء إلا أن ينوى أحد النسكين ، أو ينوى الحج عند قوله : علىّ المشى إلى عرفة فيلزمه ما نواه .

تنبيه : ومثل الحلف النذر .

قوله : (مثل أن يقول الخ) لا يقال هذه صيغة نذر ، فكيف يفسر بها قول المصنف : حلف ؟ لأنا نقول : قد قرروا أن علىّ بدون الله صيغة يمين لا نذر ، لكن بشرط أن تكون معلقة على شىء ممتنع من فعله كما هنا .

قوله : (من موضع حلفه) أى : أو من مثله ، سواء حنث به أم لا ، خلافا لخليل أى : والناذر من موضع نذره .

المكان الذى هو مستقر عليه حال حلفه ، إلا أن يعين موضعا بعينه ، وما ذكره من التخيير فى قوله : (فَلْيَمْشِ إنْ شَاءَ فِي حَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ) محله إذا لم تكن له نية فى أحدهما وهو المشهور ، وذكر مبدأ المشى ، ولم يذكر منتهاه . ومنتهاه فى العمرة بعد

قوله : (إلا أن يعين موضعا) أى : فى لفظه ، أو نيته ، فإنه يلزمه المشى منه .

وقوله : (بعينه) لما كان تعيين الموضع يصدق بشخصه ونوعه ، والمراد شخصه ، احتاج لقوله بعينه ، أى : شخصه ، ولو حذفه لكان أولى ، لأن المدار على تعيين موضع مطلقا – كما هو ظاهر – والذى يفيده النقل : أنه إذا لم ينو الناذر ، أو الحالف ، المحل الذى يبتدئ المشى منه ، وجرى العرف بالمشى من محل خاص ، فإنه يمشى مما جرى العرف بالمشى منه .

والحاصل : أنه إذا كان له نية فى شىء عمل بها ، فإن لم يكن له نية ذهب من الموضع المعتاد للحالفين ، فإن لم يكن معتادا للحالفين ، فمن موضع نذره أو حلفه ، أو مثل حلفه ؛ والمراد بالمثلية فى المسافة ، لا فى الصعوبة والسهولة .

بقى لو حلف بالمشى إلى مكة وله طريقان إليها متساويان : إحداهما معتادة ، والأخرى غير معتادة ، فمشى فى غير المعتادة ، هل يجزئه أم لا ؟ والظاهر : الأول من الخرشى الكبير ؛ وإذا اختلف طريق الحالفين فى القرب والبعد ، فيجوز المشى ولو من القريبة حيث اعتيد المشى فيهما .

تنبيه : قال عج : فإذا كان بوسط البلد وحلف ، مشى من طرف البلد لا من موضع حلف ، ويبقى النظر فيما إذا اتصل بالبلد من البساتين المسكونة وما كان فى حكمها ، هل هو حكم البلد – كما تقدم في القصر – أو لا ؟

قوله : (إن شاء) هذا متعلق قوله : فى حج أو عمرة ، لا بالمشى ، ولو قال : فليمش فى حج ، وإن شاء فى عمرة ، لكان أوضح ، لأن المشى إلى مكة اعتيد لكل منهما ، وبقى ما لو كان الحالف بالمشى إلى مكة ، أو الناذر قاطنا بمكة ، فإنه يجب عليه الخروج للحل ، ويحرم بعمرة .

قوله : (وهو المشهور الخ) أى : أن التخيير عند عدم النية هو المشهور ، ومقابله : أن هذا التخيير إنما يحسن فى حق من هو ساكن فى المدينة ، وما قرب من مكة ، وهم الذين

الفراغ من السعى ، وفى الحج بعد الفراغ من طواف الإفاضة ؛ وما ذكره من لزوم المشى إلى مكة للحالف به محله إن استطاعه (فَإِنْ عَجَزَ عَنِ المَشْيِ) إليها بعد أن

جرت عادتهم أن يأتوا إلى مكة لكل واحد من النسكين ، وأما ما بعد عن مكة كأهل الغرب ، فأكثرهم لا يعرفون العمرة فضلا عن أن ينويها حين النذر ؛ وهو للخمي .

قوله : (بعد الفراغ من السعى) الأحسن الفراغ من السعى ، وكذا فيما بعد لأن البعدية ظرف متسع ، وأما الحلاق فإنه من واجباتها لا من أركانها ، فإن ركب بعد سعيه ، وقبل أن يحلق ، فلا شيء عليه . وانظر لو ركب بعد الطواف وقبل السعي ؟ كذا نظر في التحقيق .

وقوله : (وفى الحج بعد الفراغ من طواف الإفاضة) فيركب فى رجوعه من مكة إلى منى ، ويركب فى رمى الجمار ، وأما إن أخر طواف الإفاضة ، فإنه يمشى فى رمى الجمار ، وله بعد تمام الإفاضة الركوب ، ولو لم يحلق ، وهذا إذا كان قدم السعى ، وإلا فيمشى تمام السعى لا تمام الإفاضة فقط .

قوله : (بعد أن شرع فى المشى الخ) أى : إنه إذا كان حين خروجه ظن القدرة على مشى الجميع – ولو فى عامين – فخالف ظنه وعجز ، فركب .

قوله : (ثم يرجع مرة الخ) هذا إذا ركب كثيرا بحسب مسافته ، حيث استوت المسافة جميعها : فى الصعوبة أو فى السهولة ، والأمن والخوف ، أو بحسب صعوبة المسافة وسهولتها ، وأمنها وخوفها مع المساحة حيث اختلفت المسافة فى ذلك ، ويعول على قول أهل المعرفة بذلك .

والحاصل كما فى **عج** : أن المراد بكونه كثيرا : أن يكون كثيرا فى نفسه بحسب الصعوبة والسهولة والمساحة ، أو بحسب المساحة فقط ؛ ومثل ركوبه الكثير إذا ركب المناسك والإفاضة معا ، لأن ذلك لما كان مقصودا بالذات ، وإن كان يسيرا فى نفسه أشبه الكثير .

والمناسك هى : أفعال الحج من حين خروجه من مكة إلى رجوعه بمنى . والإفاضة هى : رجوعه من منى إلى مكة لطواف الإفاضة ، ومثلهما لو ركب المناسك فقط ، لا الإفاضة فقط ، يعنى : إذا ركب الإفاضة فقط ، فإنما عليه الهدى فقط على سبيل الندب ، ولا يلزمه الرجوع ، وكذا لو ركب قليلا بحسب مسافته ولو لغير عذر ، فإنه لا يلزمه الرجوع ثانيا ، ولكن يلزمه الهدى فقط من غير رجوع . ومحل كونه يرجع مرة ثانية : إذا لم يكن العام معينا ، وأما لو كان العام معينا : كـلله علىّ الحج ماشيا فى عام كذا ، فخرج وركب كل

شرع المشي (رَكِبَ ثُمَّ يَرْجِعُ) مرة (ثَانِيَةً) ماشيا (إنْ قَدَرَ) عليه لتلافى ما ركب (فَيَمْشِي أَمَاكِنَ رُكُوبِهِ) ويركب التى مشى إذا علم ما ركب فيه وما مشى ، ويهدى لتفرقة المشى بدنة ، فإن لم يجدها فبقرة ، فإن لم يجدها فشاة ، وإن أتي بالأدنى مع القدرة على الأعلى أجزأه ، وإن لم يعلم ما مشى وما ركب ، فإنه يمشى الطريق كله ، ابن المواز :

الطريق أو بعضه ، فإنه يهدى ولا يلزمه الرجوع ؛ فلو لم يحج فى هذا العام المعين . بل ترك فيه الحج عمدا من غير ضرورة ، أو مشى وتراخى حتى فاته يأثم ، ويلزمه قضاؤه ماشيا .

قوله : (إن قدر عليه الخ) فإذا لم يقدر ، فإنه يلزمه الهدى فقط ، كما سينص المصنف عليه ، ومحل الرجوع أيضا : إذا كان نحو المصرى ، وأما من بعدت داره عن مكة بعدا كثيرا ، فإنه لا يلزمه الرجوع ، وإنما يلزمه الهدى فقط : كالإفريقى لبعد داره ومشقة رجوعه ، ويلحق بكل من قربت داره من أحدهما ، وأما الذى بينهما على السواء فيلحق بالمصرى ، فيلزمه ما يلزمه للاحتياط .

واعلم : أن الهدى فى جميع ما تقدم ، أن فيه الهدى سواء كان مع الرجوع إلى مكة أو لا ، فهو واجب إلا فيمن شهد المناسك راكبا أو بعضها ، أو الإفاضة أو هما ، فإنه يندب فى حقه الهدى .

قوله : (ويهدى) ويؤخر الهدى لعام رجوعه ، ولو قدمه فى عام المشى لأجزأه .

قوله : (وإن أتى بالأدنى الخ) أى : وخالف المستحب .

قوله : (ابن المواز الخ) كلام ابن المواز والتعقب عليه ، إنما هو فيما إذا علم أماكن الركوب ومشى الجميع ، لا فيما إذا لم يعلمه ، لأنه إذا لم يعلم يكون مشى الجميع عليه واجبا ، يفيد ذلك صريحا نص الشيخ أبى الحسن على المدونة .

قوله : (وإن علم بمعنى ظن) مقابل قوله قد دار عليه ، أى علي الرجوع ، وفسر الشارح العلم بالظن إشارة إلى أنه لا يشترط العلم ، وأن الظن يكفي .

تنبيهان : الأول : إذا قلنا بلزوم الرجوع ، فإذا رجع فى زمن قابل فإنه يرجع فى حج إن كان حين نذره نذر حجا أو نواه ، أو فى عمرة إن نذرها أو نواها ، فإن خالف لم يجزه ، وإن لم يكن عين حجا ولا عمرة بلفظ ولا نية ، حين نذره أو حلفه ، بل أبهم ومشى فى أحدهما فركب

ويسقط عنه الهدى ، وتعقب بأن المشى الثانى غير واجب ، فلا يسقط ما ترتب فى ذمته من الهدى (وَإِنْ عَلِمَ) بمعنى ظن (أَنَّهُ لَا يَقْدِرُ) على المشى (قَعَدَ وَأَهْدَى وَقَالَ عَطَاءٌ) ابن أبى رباح (لا يَرْجِعُ) مرة (ثَانِيَةً وَإِنْ قَدَرَ) على المشى ثانيا (وَيُجْزِئُهُ الهَدْىُ) هذا كله إذا كان غير صرورة وأما (إِذَا كَانَ صَرُورَةً) – بالصاد المهملة – وهو من لم يحج قط ، إذا حلف بالمشى إلي مكة وحنث ، أو نذر (جَعَلَ ذَلِكَ) المشى (فى عُمْرَةٍ) وجوبا – على ما فى المختصر – إذا لم تكن له نية ، أما إذا كان له نية مشى فيما نوى (فَإِذَا طَافَ وَسَعَى وَقَصَّرَ أَحْرَمَ) من الحل استحبابا .

فإن لم يحرم منه أحرم (مِنْ مَكَّةَ) ويستحب أن يحرم من المسجد أو بابه

فيه كثيرا ، فإنه يلزمه الرجوع ثانيا فى الزمن القابل ، فيمشى أماكن ركوبه ، ويجوز له أن يحرم بغير ما أحرم به أولا .

الثانى : محل وجوب الرجوع أيضا على من ركب كثيرا أو ما فى حكمه ، حيث ظن حين خروجه القدرة على مشى الجميع ولو فى عامين ، فخالف ظنه كما قررنا به كلامه أوّلا ، أما إن لم يظن القدرة حين خروجه ، مع علمه أو ظنه القدرة حين يمينه ، على مشى الجميع فى عام واحد ، بأن توهم ، أو شك ، أو علم العجز لضعف ، أو كبر ، فإنه يخرج أول عام يمشى مقدوره ولو نصف ميل ، وركب معجوزه ، وأهدى من غير رجوع ؛ وقلنا : ظن القدرة حين يمينه ، احترازا ممن ظن العجز حين يمينه ، أو نوى أن لا يمشى إلا ما يطيقه ولو شابا ، فإنه يخرج أول عام ، ويمشى مقدوره ، ويركب معجوزه ، ولا رجوع عليه ولا هدى .

قوله : (وقال عطاء الخ) هذا خلاف المذهب ، وهو مجتهد .

قوله : (هذا كله إذا كان غير صرورة) لا حاجة لقوله كله ، فالأحسن أن يقول : وما ذكر من التخيير المتقدم إذا كان غير صرورة .

قوله : (على ما فى المختصر) أى : إن الذى مشى عليه صاحب المختصر : أنه يجعله فى عمرة وجوبا . وقال عبد الوهاب : يجعله فيها استحبابا لا وجوبا ، كذا فى التحقيق .

ولو أحرم حين أتى الميقات بحجة الإسلام أجزأه ، ثم يأتى عن نذره بعمرة أو حجة ، ويمشى من حيث أحرم أولا ، ولو أحرم ولم ينو فرضا ولا نذرا انصرف للفرض ، وإن حج ناويا فرضه ونذره مفردا أو قارنا أجزأ عن النذر ، ولا يجزىء عن الفرض .

(بِفَرِيضَةٍ) وهى حجة الإسلام (وَكَانَ مُتَمتِّعاً) إذا صادفت عمرته أو بعضها أشهر الحج (وَالْحِلَاقُ فِي غَيْرِ هَذَا) التمتع (أَفْضَلُ) من التقصير (وَإِنَّمَا يُسْتَحَبُّ لَهُ التَّقْصِيرُ فى هَذَا) التمتع (ٱسْتِبْقاءً لِلشَّعَثِ فِي الحَجِّ وَمَنْ نَذَرَ مَشْياً إِلَى المَدِينَةِ) المشرفة على ساكنها أفضل الصلاة والسلام (أَوْ إِلَى بَيْتِ المَقْدِسِ) مثل أن يقول : لله علىّ أن أمشى إلى مدينة النبى ﷺ ، أو أمشى إلى بيت المقدس ، وكذا إذا حلف بالمشى إليهما ؛ ولا فرق بين أن يقول : أمشى أو أسير (أَتَاهُمَا رَاكِبًا) إن شاء ، أو ماشيا على المشهور . وقال ابن وهب : يلزمه الإتيان إليهما ماشيا واستحسنه اللخمى ، والمازرى ، وغيرهما ، لأنها طاعة يجب الوفاء بها ،

وهل إجزاؤه عن نذره فقط مقيد بأن لم ينذر ، أو يعين فى يمينه حجا ، بأن نذر عمرة ، أو مشيا مطلقا ، أو حلف به كذلك وجعله فى حج ؟ وأما إن نذر الحج ماشيا ، أو عينه فى يمينه ، ونوى بحجة نذره وفرضه فلا يجزىء عن واحد منهما ؟ وهو قول ابن المواز ، أو إجزاؤه عن نذره فقط غير مقيد بل هو مطلق ؟ تأويلان .

قوله : (أحرم من الحل استحبابا) أى : من ميقاته ، لقول خليل : كخروج ذى النفس لميقاته .

قوله : (أن يحرم من المسجد) أى : من جوفه ، على مذهب المدونة .

وقوله : (أو بابه) أى على قول ابن حبيب .

قوله : (بفريضة وهى الخ) أى : أحرم بفريضة فى عامه على الفور ولا يؤخره للعام القابل ، بهرام : فقد علمت أن هذا مبنى على الراجح أن الحج واجب على الفور ، وأما إذا قلنا إنه على التراخى ، فله أن يدخل بحج ثم يحج بعد ذلك حجة الإسلام اهـ المراد منه .

قوله : (والحلاق فى غير هذا التمتع) أى : وغير التمتع وهو : الإفراد والقران ، فالشخص غير مراد ، والحاصل : أن التقصير أفضل فى مطلق التمتع .

قوله : (للشعث) أى : الوسخ . وما فى معناه : كالشارب ، وشعر الإبط ، ونحو ذلك . كما أفاده الحطاب فى باب الحج .

قوله : (أو أسير) أى : أو آتى مثلا .

ولا يلزمه الإتيان إليهما إلا (إِنْ نَوَى الصَّلَاةَ) المفروضة ، وقيل النافلة (بِمَسْجِدَيْهِمَا) يريد : أو سماهما خاصة ، كقوله : لله عليَّ أن أمشي إلى مسجد النبي ﷺ أو إلى مسجد بيت المقدس ، لأنه إذا سماهما كأنه قال : لله عليّ أن أصلي فيهما (وَإِلاَّ) أى : وإن لم ينو الصلاة فيهما ولا سماهما (فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ) لأن مجرد المشى ليس بعبادة ، هذا إذا كان الناذر أو الحالف ساكنا بغير أحد المساجد الثلاثة : مسجد المدينة وهو أفضلها على المشهور ويليه مسجد مكة ، ويليه مسجد بيت المقدس . وأما إذا كان ساكنا بأحدهما ، ونوى الصلاة بأحد المسجدين الباقيين ، فحكى ابن الحاجب – رحمه الله – فى ذلك ثلاثة أقوال : يلزمه مطلقا ، وعكسه ، وقيل يلزمه إلا أن يكون الثاني مفضولا ، وصرحوا بمشهوريته . وقال أبو الطاهر : ظاهر المذهب الأول .

قوله : (إن نوى الصلاة بمسجديهما) ومثل الصلاة : الصوم ، والاعتكاف .

قوله : (وقيل والنافلة) فى كلام بعض شراح خليل ما يقتضى ترجيحه .

قوله : (أو إلى مسجد بيت المقدس) بفتح الميم وسكون القاف وكسر الدال ، والمقدس – بضم ففتح وتشديد – أى المطهر ، وتطهيره خلوه من الأصنام ، وإبعاده عنها ، وسمى الأقصى لبعد ما بينه وبين المسجد الحرام .

قوله : (وهو أفضلها على المشهور) قال الشيخ أحمد زرّوق : لأنه الذى اختاره الله لنبيه . وقال ابن وهب وابن حبيب : بالعكس ، أى : أن مسجد مكة أفضل ؛ وهذا مقابل المشهور . وقال الشيخ أحمد زروق : وأجمعوا على أن موضع قبره أفضل بقاع الأرض .

والحاصل : أن الشارح جعل الخلاف بين المسجدين ، والذى فى خليل : والمدينة أفضل ثم مكة ، بمعنى : أن ثواب العمل فيها أكثر من ثواب العمل فى مكة . وقال الشافعى ، وأبو حنيفة ، وأحمد فى أشهر الروايتين عنه : إن مكة أفضل من المدينة .

ومحل الخلاف : فيما عدا الموضع الذى ضم أعضاءه عليه الصلاة والسلام ، فإنه أفضل من جميع بقاع الأرض حتى الكعبة ، ومن السموات ، والعرش ، والكرسى ، واللوح ، والقلم ، والبيت المعمور ؛ ويليه الكعبة لأنها أفضل من بقية المدينة اتفاقا .

وكلام الشارح – كما علمت – فى المسجدين ، فإذا نظرت إليهما بقطع النظر عن الكعبة ، وعن القبر الشريف ، فمسجد المدينة أفضل ، ولما زِيدَ من مسجده الشريف حكم مسجده عند الجمهور .

(وَأَمَّا غَيْرُ هَذِهِ الثَّلَاثَةِ مَسَاجِدَ) المفهومة من السياق (فَلَا يَأْتِيهَا) من نذر المشى إليها (مَاشِياً وَلَا رَاكِبًا) قربت داره أو بعدت (لـ)ـأجل (صَلَاةٍ نَذَرَهَا) أن يصليها فيها (وَلْيُصَلِّـ)ـهَا (بِمَوْضِعِهِ) لما فى مسلم من قوله ﷺ : « لَا تُشَدُّ الرِّحَالُ إِلَّا إِلَى ثَلَاثَةِ مَسَاجِدَ : مَسْجِدِى هَذَا ، وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ ، وَٱلْمَسْجِدِ ٱلْأَقْصَى » [١] وهذا الحديث مخصص لحديث : « مَنْ نَذَرَ أَنْ يُطِيعَ ٱللهَ فَلْيُطِعْهُ » [٢]

والجمهور على تفضيل السماء على الأرض . وقيل بتفضيل الأرض ، لخلق الأنبياء فيها ، ودفنهم فيها .

وقد علمت أن المراد بموضع قبره : ما يمس أعضاءه لا أعم ، والروضة تنضم أيضا لموضع القبر فى الإجماع على التفضيل ، بالدليل الواضح ، إذ لم يثبت لبقعة أنها من الجنة بخصوصها إلا هى ، ففى الحديث : « مَا بَيْنَ بَيْتِى وَمِنْبَرِى رَوْضَةٌ مِنْ رِيَاضِ ٱلْجَنَّةِ [٣] » إذ لا شك فى تفضيل الجنة على الدنيا .

فائدة : عدم المجاورة بمكة أفضل ، قال مالك : القفل – أى الرجوع – أفضل من الجوار .

قوله : (قربت داره أو بعدت) هذا موافق لظاهر المدونة عند اللخمى ، وابن يونس ، فى القرب والبعد . وقيل يلزم الإتيان فى القريب ، والقريب : ما على أميال يسيرة كمسجد قباء من المدينة ، وهو على ثلاثة أميال ، والقولان المذكوران فى نذر الصلاة . والظاهر : أن غيرها كذلك ، قاله : **عج** . وعلى القول بعدم اللزوم ، يلزمه فعل ما لزمه بموضعه كمن نذرهما بمسجد بعيد اهـ .

قوله : (لأجل صلاة نذرها) أى : ولا لاعتكاف ، ولا لصوم .

قوله : (وليصلها) أى : أو يعتكف ، أو يصوم بموضعه .

قوله : (الرحال) جمع رحل مركب البعير – كما فى القاموس – أى : محل الركوب المنسوب للبعير .

قوله : (رباطا) أى : أو صوما ، أو صلاة ، لا لنذر اعتكاف ، لأن محل الرباط ليس

---

(١) الموطأ : ١٠٩/١ .

(٢) انظر ص ٥٥ .

(٣) الموطأ : ١٩٧/١ وأخرجه محققه فى الصحيحين أيضا .

(وَمَنْ نَذَرَ رِبَاطًا بِمَوْضِعٍ مِنَ الثُّغُورَ) ولو كان من أهل مكة والمدينة (فَذَلِكَ) المنذور واجب (عَلَيْهِ أَنْ يَأْتِيَهُ) لأن الرباط قربة ، ومن التزم قربة لزمته بلا خلاف . والله أعلم .

★ ★ ★

محلا للاعتكاف ، وأيضا المرابطة تنافى الاعتكاف لقصره على ملازمة الصلاة ، والتلاوة ، والذكر ، لكن فى مسألة الصلاة ينبغى أن يقيد بما إذا نذر الصلاة ، ويقيم بعدها مدة للرباط ، فلا يخالف ما ذكره المواق : من أن المكى أو المدنى إذا نذر أن يأتى عسقلان أو إسكندرية لصلاة واحدة ، ويعود من فوره ، وليس للرباط ، صلى بموضعه ولم يأتهما اهـ .

قوله : (لأن الرباط قربة) وظاهره : ولو نذر الرباط بمحل وهو بثغر آخر ، وليس كذلك بل فيه تفصيل : إن كان ما نذر الرباط فيه مساويا لما هو به فى الخوف أو أقل رابط بمحل نذره ، وإن كان ما نذر الرباط فيه أشد خوفا ، انتقل إليه لفضل الزيادة فيما كثر فيه الخوف على ما هو دونه فى الخوف ؛ كذا يفهم من ابن عرفة .

★ ★ ★

[بَابٌ فِي النِّكَاحِ وَالطَّلَاقِ وَالرَّجْعَةِ وَالظِّهَارِ وَالإِيلَاءِ وَاللِّعَانِ وَالخُلْعِ وَالرَّضَاعِ]

هذه ثمانية أشياء . أولها هو الأصل ، والباقى توابع له . ولكل منها معنى لغة واصطلاحا ، نذكر كلا فى محله إن شاء الله تعالى .

أما النكاح **لغة** : فهو حقيقة فى الوطء مجاز فى العقد .

واصطلاحا : على العكس حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء . وقد يستعمل **عرفا** مرادا به الوطء ، كقوله تعالى : ﴿ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٠] وقوله : ﴿ ٱلزَّانِى لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً ﴾ [النور : ٣] الآية .

(باب فى النكاح)

قوله : (مجاز فى العقد) من استعمال اسم المسبب فى السبب .

وقوله : (مجاز فى الوطء) من استعمال اسم السبب فى المسبب ، ويترتب على كونه مجازا فى الوطء لا حقيقة : أن من زنى بامرأة لا يحرم عليه بنتها ولا أمها .

قوله : (وقد يستعمل عرفا مرادا به الوطء) أى : على قلة ، كما أفاده **تت** .

وحاصله : أنه حقيقة فيهما ، فيكون مشتركا إلا أن استعماله فى الوطء قليل ، هذا مفاد الخطاب ، وحينئذ فينافى قوله : مجاز في الوطء ، فالأولى أن يأتى بهما علي أسلوب يفيد أنهما قولان . **وأقول** واستقرب ابن عبد السلام القول الأول . وضعف الفاكهانى الثانى وعلله بقوله : لأن الاشتراك مرجوح وخلاف الأصل .

قوله : (حتى تنكح الخ) هذا يفيد أن الوطء يسند لكل من الرجل والمرأة ، بأن يقال : نكحت المرأة الرجل أى وطئته ، كما يقال : نكح الرجل امرأته ، أى : وطئها إلا أنه ينافيه قول المصباح : وطئته برجلى ، أطؤه ، وطأ : علوته ، إلى أن قال : وطىء زوجته وطأ جامعها لأنه استعلى عليها ، والظاهر : أنه لا فرق بين نكح ووطىء حيث كان نكح بمعنى وطىء .

قوله : (ستة أقسام) الحكم الأصلى هو الندب ، ومحل ندبه إن رجا النسل ، أو كانت

وهو في الشرع علي ستة أقسام نقلناها في الأصل ، وهو بمعني الوطء لا يجوز في الشرع إلا بأحد أمرين : **عقد** نكاح ، أو **ملك** يمين لقوله تعالي : ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ * إِلاَّ عَلَي أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ [المؤمنون : ٥ ، ٦] والأول له أركان وعبر عنها بعضهم بالشرط أشار إلي غالبها بقوله :

نفسه تشتاق للنكاح دون خشية زنا بتركه ، وقد يعرض الوجوب المضيق ، وذلك إذا خشى على نفسه العنت ، ولا يندفع عنه بصوم ولا بتسر ، وأما لو كان يندفع عنه بالصوم أو التسرى ، فالواجب واحد منهما ، ولكن النكاح أفضل ، لما فى الحديث : « يَامَعْشَرَ الشَّبَابِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ مِنْكُمُ ٱلْبَاءَةَ فَلْيَتَزَوَّجْ فَإِنَّهُ أَغَضُّ لِلْبَصَرِ وَأَحْسَنُ لِلْفَرْجِ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَعَلَيْهِ بِٱلصَّوْمِ فَإِنَّهُ لَهُ وِجَاءٌ » [١] فقدم النكاح على الصوم ؛ والسرارى تنتقل طباعهن للولد .

ويباح فى حق من لا يرجو النسل ولا تميل نفسه إليه ، ولا يقطعه عن فعل خير .

ويكره فى حق من يقطعه عن فعل خير غير واجب .

ويحرم فى حق من لا يخشى بتركه زنا ، ولا قدرة له على نفقة الزوجة ، أو على الوطء ، أو ينفق عليها من حرام . والمرأة كالرجل إلا فى التسرى .

فهذه ستة باعتبار أن الوجوب تحته فردان : مضيق ، وموسع .

والباءة قيل معناها الجماع ، والتقدير : من استطاع منكم الجماع لقدرته على مؤن النكاح فليتزوج ، وقيل : المراد هنا بالباءة مؤن النكاح باسم ما يلازمها . والوجاء – بكسر الواو والمد – هو : رض الخصيتين ، والمراد هنا : أن الصوم يقطع الشهوة ، ويقطع نثر المنى كما يقطع المنى .

قوله : (والأول له أركان) أى : أربع : الولى ، والمحل ، والصيغة ، والصداق المفروض – ولو حكما – وقدم الكلام على الولى اهتماما به .

وقوله : (وصداق) هو الركن الثانى ، ويأتى للشارح أن يذكر الصيغة ، وبقى المحل وهو . الزوج والزوجة الخاليان من الموانع الشرعية : كالإحرام ، والمرض ، والعدة بالنسبة للمرأة .

---

(١) صحيح البخارى : فتح البارى : ١٠٦/٩ المكتبة السلفية ١٩٥٨ ومسلم فى النكاح : ١٧٢/٩ كلاهما عن عبد الله بن مسعود .

(وَلَا نِكَاحَ إلاَّ بِوَلِي وَصَدَاقٍ وشَاهِدَىْ عَدْلٍ) أما الولى فيشترط فيه الإسلام ، والحرية ، والبلوغ ، والعقل ، والذكورية ، ولا تشترط العدالة على المشهور فى صحة العقد بل فى كماله ، ولا الرشد ، فيعقد السفيه لابنته بإذن وليه عند ابن القاسم وهو

وترك المحل لوضوحه لأن النكاح لا يكون إلا بين الزوجين . وقال فى التحقيق : وله شروط كمال وهو : الإشهاد ، وقد جمع بينه وبين اثنين من شروط الصحة .

قوله : (ولا نكاح إلا بولى) أى : ولا عقد نكاح إلا بولى ، وهو كما قال ابن عرفة : من له على المرأة ملك ، أو أبوة ، أو تعصيب ، أو إيصاء ، أو كفالة ، أو سلطنة ، أو ذو إسلام .

قوله : (الإسلام) أى : إذا كانت الزوجة مسلمة ، ويشترط أيضا أن يكون حلالا ، لأن الإحرام من أحد الثلاثة يمنع صحة العقد .

قوله : (والحرية) فلا يزوج الرقيق ابنته أو أمته .

قوله : (والبلوغ) فلا يزوج الصبى أخته أو أمته .

قوله : (ولا تشترط العدالة على المشهور) وقيل باشتراطها .

قوله : (ولا الرشد) فيندب كونه رشيدا ، فيعقد السفيه ذو الرأى على ابنته بإذن وليه ، فلو عقد بغير إذن وليه استحسن اطلاعه عليه لينظر فيه ، فإن لم يفعل مضى ، فإن لم يكن له ولى وهو ذو رأى جاز إنكاحه أيضا ؛ وسواء كان مجبرا أم لا ، لأن سفهه لا يخرجه عن كونه مجبرا . والمراد بذى الرأى : أن يكون له عقل ودين ، وكونهما له لا ينافى السفه . بخلاف ضعيف الرأى يعقد لنحو ابنته ، فإنه يفسخ عقده .

هذا كله فى ولى المرأة ، وأما وكيل الزوج فى العقد فلا يشترط فيه إلا التمييز ، وعدم الإحرام .

قوله : (عند ابن القاسم) أى : وأما عند أشهب فيتولى العقد بشرطين **أحدهما** : أن يكون مهملا لا وصى عليه ولا تحجير من قبل القاضى .

الثانى : أن يكون له رأى . وأما عند ابن وهب : فلا ولاية له أصلا ويتولى العقد وليه .

قوله : (وهو شرط صحة) أى : الولى شرط صحة .

شرط صحة لا يصح العقد بدونه ، لقوله ﷺ : « لَاتُزَوِّجُ ٱلْمَرْأَةُ ٱلْمَرْأَةَ ، وَلَا ٱلْمَرْأَةُ نَفْسَهَا ، فَإِنَّ الزَّانِيَةَ هِيَ الَّتِي تُزَوِّجُ نَفْسَهَا » [١] رواه الدارقطني وقال : حسن صحيح .

فإن وقع بغير ولى ، فسخ قبل البناء وبعده وإن ولدت الأولاد . وهل الفسخ بطلاق أو بغيره ؟ روايتان : لابن القاسم ، وابن نافع .

وأما الصداق فشرط صحة فى الدخول أيضا لقوله تعالى : « وَآتُوا النِّسَاءَ صَدُقَاتِهِنَّ نِحْلَةً » [النساء : ٤] .

قوله : (ولا المرأة نفسها الخ) مطلقا ، بكرا كانت أو ثيبا ، شريفة كانت أو دنية . رشيدة أو سفيهة ، أمة أو حرة ، أذن وليها أم لا . لا يجوز ذلك بوجه كما قاله فى الجواهر .

قوله : (فسخ قبل البناء وبعده وإن ولدت الأولاد) ولها بالدخول المسمى إن كان حلالا ، وإلا فصداق المثل .

قوله : (وهل الفسخ بطلاق) هو الراجح ، لأنه من المسائل المختلف فيها .

قوله : (روايتان لابن القاسم الخ) فابن القاسم يقول : الفسخ بطلاق . وابن نافع : بغيره .

قوله : (وأما الصداق فشرط صحة) أى : الصداق – ولو حكما – ليدخل نكاح التفويض وهو : عقد بلا ذكر مهر ، فهو صحيح ، لكن لا يدخل حتي يسمى لها صداقا ؛ أى : فالمضر إنما هو الدخول على إسقاطه ، فإنه يقتضى فسخ العقد قبل الدخول ، وإن ثبت بعده بصداق المثل .

قوله : (وأما بالإشهاد) قال ابن عرفة : البينة على العقد ، نقل الأكثر عن كل المذهب : أنها مستحبة ، وهى شرط فى البناء أى : فلم يشترط الإشهاد ، فالشهادة كافية وإن لم يوجد إشهاد .

قوله : (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) أى : هبة من الله للنساء .

---

(١) سنن ابن ماجه : ٦٠٥/١ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى الحلبى ١٩٥٢ .

وأما الإشهاد فشرط صحة فى الدخول لا فى صحة العقد ، ويشترط فى شاهدى النكاح العدالة ، لما رواه ابن حبان فى صحيحه من قوله عليه الصلاة والسلام : « لَا نِكَاحَ إِلاَّ بِوَلِيٍّ وَشَاهِدَىْ عَدْلٍ ، وَمَا كَانَ مِنْ نِكَاحٍ عَلَى غَيْرِ ذَلِكَ فَهُوَ بَاطِلٌ » (١) الحديث . فإن لم توجد العدول استكثروا من الشهود كالثلاثين والأربعين .

ومن شروط صحة العقد : الصيغة من الولى ، والزوج ، أو وكيله . فمن الولى بكل لفظ يقتضى التمليك على التأبيد فى حال الحياة ، كأنكحتك ، أو زوجتك ، ومن الزوج ما يدل على الرضا : كقبلت أو رضيت ، ولا يشترط الترتيب ، بل لو بدأ الزوج ثم أجابه الولى صح .

قوله : (فشرط صحة) أى : أنه إذا لم يحصل إشهاد عند العقد ، فلا يصح الدخول إلا بالإشهاد ، ووجوده كما نص عليه الفاكهانى فى محل العقد أولى .

قوله : (ويشترط فى شاهدى النكاح العدالة) أى : عند تحمل الشهادة ، وإن كانت العدالة لا تشترط فى غير النكاح إلا وقت أداء الشهادة .

قوله : (الحديث الخ) تمامه فى التحقيق وهو : « وَإِنْ تَشَاجَرُوا فَالسُّلْطَانُ وَلِىُّ مَنْ لَا وَلِىَّ لَهُ » .

قوله : (استكثروا من الشهود الخ) نقله تت عن ابن عمر ، ثم قال : وفيه بعد إلا أن يكون النقل كما قال .

قوله : (أو وكيله) أى : ما ذكر ، وفى الخرشى الكبير : أن صيغة العقد مع الوكيل أن يقول له الولى : زوجت من فلان ، ولا يقول زوجت منك ، وليقل الوكيل : قبلت منك لفلان ، وإن قال : قبلت ، كفى إذا نوى بذلك موكله ا هـ .

قوله : (فمن الولى بكل لفظ الخ) ومثل الماضى المضارع : كأنكحك ، أو أزوجك . اعلم : أن وقوعه بما ذكره الشارح لا إشكال فيه ، وأما بغيره من : وهبت وغيرها ، ففيه تفصيل محصله ثلاثة أقسام .

قسم لا ينعقد به ولو نوى به النكاح ، واقترن بلفظ الصداق وهو : لفظ الوقف ، والحبس ، والعمرى ، والإجارة ، والرهن ، والعارية ، والوصية .

---

(١) سنن ابن داود : ٣٠٨/٢ تحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد الطبعة الثانية ١٩٥٠ وابن ماجة ٦٠٥/١ وللمحدثين فى هذا الحديث كلام انظر فتح البارى ١٨٤/٩ وتحفة الأحوذى : ١٧٦/٢ مصورة دار الكتاب العربى – لبنان .

ثم أشار إلى ما قلناه من أن الإشهاد شرط فى صحة الدخول دون العقد ، بقوله (فَإِنْ لَمْ يَشْهَدَا) أيِ : الولى والزوج (فِي العَقْدِ فَلَا يَبْنِى بِهَا حَتَّى يَشْهَدَا) وفى نسخة : حتى يشهد بالإفراد أى الزوج ، فلو دخل من غير إظهار ، فسخ

وقسم ينعقد به إذا اقترن بلفظ الصداق ، وهو : لفظ الهبة ، والصدقة ، والعطية ، ونحوها : كالمنحة ، وتسمية الصداق تتضمن إرادة النكاح بما قارنها .

وقسم فيه التردد وهو : لفظ الهبة ، والصدقة وما معها ، حيث لم يسم مع ذلك الصداق وقصد بها النكاح ، وكذا لفظ الإباحة ، والإحلال ، والإطلاق ، والبيع ، والتمليك ، ونحوها ، إذا قصد بها النكاح أو سمى معها الصداق ؛ والراجح عدم الانعقاد .

وتكفى الكتابة والإشارة من أخرس ، ولو من المجانين ، إذا كان يتولى الطرفين . وأما من الناطق فتكفى من أحدهما إن وقع من المبتدئ لفظ الإنكاح ، أو التزويج سواء كانت الإشارة من الزوج ، أو الولى .

وأما لو كان المبتدئ إنما ابتدأ بلفظ نحو : الهبة ، والصدقة مع ذكر الصداق ، فإنما تكفى الإشارة من الزوج ، بخلاف عكسه وهو : أن يكون المبتدئ بلفظ -- نحو الهبة -- الزوج ، فلا تكفى الإشارة من الولى .

قوله : (ولا يشترط الترتيب) أى : بل هو مندوب .

وقوله : (بل لو بدأ الخ) أى : بأن قال الزوج : زوجنى ، فيقول الولى : زوجتك ، أو فعلت . نعم يشترط الفور بين القبول والإيجاب ، ولا يضر التفريق اليسير ، بخلاف الكثير إلا فى صورة واحدة وهى : ما إذا كان رجل مريضا ، وقال : إن مت من مرضى هذا فقد زوجت ابنتى من فلان ، ومات بعد شهر -- مثلا -- وقبل الزوج بعد موته ، فإنه يصح .

تنبيه : يلزم النكاح بمجرد حصول الإيجاب والقبول ، ولو قال الأول -- بعد رضا الآخر --: لا أرضى أنا كنت هازلا ، لأن النكاح جد ، ولو قامت قرينة على إرادة الهزل من الجانبين ، بخلاف البيع -- والفرق جريان العادة بمساومة السلع لمجرد اختبار ثمنها . ومثل النكاح : الطلاق ، والرجعة ، والعتق ، ويجوز وطء الزوج بعد قوله : لم أرد نكاحا وإنما كنت هازلا .

قوله : (وفى نسخة حتى يشهد بالإفراد) لا يخفى أن مفاد هذه النسخة مخالف لمفاد نسخة التثنية ، لأن نسخة التثنية تفيد : أنه لابد أن يكون الإشهاد منهما ، وهذه النسخة

بطلقة بائنة ، ويحدان إن لم يفش ، ولم يعذرا بجهل ، وأقرا بالوطء . وأما إن فشا فلا يحدان ، وإن كانا عالمين .

والفشو : بالوليمة ، والدف ، والدخان ، والشاهد الواحد .

تفيد : أنه يكفى ولو من الزوج وحده . والأولى أصح .

ونذكر كلام **عج** لما فيه من الفائدة فقال : إنهما إذا لم يشهدا أحدا عند العقد ، أو لقيا معا قبل البناء رجلين وأشهداهما على وقوع العقد بينهما ، فات الندب ، وكفى فى الواجب ، لأن قولهما معا للشاهدين : أشهدا بوقوع العقد بمنزلة وقوعه بحضرتهما ، وإن لقى كل واحد بانفراده شاهدين ، وأشهداهما كفى أيضا . وسماها فى المدونة : بشهادة الأبداد أى : المتفرقين . ولا يكفى أن يشهد أحدهما الشاهدين اللذين أشهدهما صاحبه بغيبة الآخر ، أى لعدم اجتماعهما .

قوله : (فسخ بطلقة) لأنه عقد صحيح قاله : **تت** ، وكانت بائنة لأنه من طلاق القاضى ، وكل طلاق أوقعه القاضى فهو بائن ، ذكره فى التحقيق ، ويبقى له فيها طلقتان ، والفسخ . إن لم يحكم بصحته من يراه .

قوله : (ولم يعذرا بجهل) أى : فإذا عذرا بجهل فلا حد عليهما ، هذا قضية كلامه . والحاصل أن قضية كلامه : أنه إذا لم يحصل فشو لأحد عند الجهل ، وهو ما يفيده خليل فى باب الزنا ، وارتضاه **عج** ، خلافا لما يفيده كلامه فى باب النكاح : أنه إذا انتفى الفشو يحدان ولا يعذران بجهل ، وهو قول : ابن الماجشون ، وابن حبيب .

قوله : (وأقرا بالوطء) أى : غير مستفتيين ، كما صرح به ابن عرفة – ومثل إقرارهما : ما إذا أنكرا وقامت عليهما البينة به ، وكذا إن أقر أحدهما فيحد ، ويعاقب الآخر المنكر – فإذا لم يقر واحد منهما عوقبا معا ، أى : وحصلت خلوة ولو كان معهما أحد ، كما قال الحطاب .

قوله : (والدف الخ) الواو فى قول الشارح : والدف ، والدخان ، والشاهد ، بمعنى ، أو كما قال **عج** : أى : فالدف وحده ، وكذا كل مما بعده كاف ، فإن قلت : هل يقوم مقام الدف والدخان ، ما يحصل الفشو به فى زماننا من زغرتة [1] ونحوهم أم لا ؟ **قلت** الظاهر ، نعم ، قاله : **عج** .

وقوله : (والشاهد الواحد) أى : غير ولى المرأة ، وأما هو فكالعدم ؛ وانظر ولى الزوج

---

(١) (قوله زغرتة) لعل الصواب زغردة بدال مهملة بعد الراء وفى القاموس : الزغردة هدير للإبل يردده فى جوفه .

(وَأَقَلُّ الصَّدَاق) بفتح الصاد وكسرها ، أى : أقل ما يصح به العقد إما (رُبْعُ دِينَارٍ) من الذهب الخالص ، وهو : وزن ثمان عشرة حبة من الشعير الوسط ، وإما ثلاثة دراهم من خالص الفضة ، كل درهم خمسون حبة وخمسا حبة ، وأما قيمة أحدهما من العروض على المشهور ؛ ولا حد لأكثرة اتفاقا ، لقوله تعالى : ﴿ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنْطَاراً ﴾ [النساء : ٢٠] .

إذا أخبره ، هل هو كذلك ؟ أى : لا يحصل بشهادته الفشو ، وهو مقتضى التعليل بالاتهام بالستر ، قال عج : ولم أر من تعرض لشهادة المرأتين هنا ، هل يحصل بهما فشو كالشاهد أم لا ؟ لأنهما لا تصح شهادتهما بحال اهـ .

قوله : (وأقل الصداق ربع دينار) الصداق مشتق من الصدق ، لأن وجوده يدل على صدق الزوجين ، ويقال : المهر ، والطوْل ، والنِّحْلة .

والصداق حق لله تعالى وللآدمى ، فحق الله ثلاثة دراهم ، وما زاد على ذلك حق للمرأة ، فلو رضيت بإسقاطه جملة لم يجز ولها أن تسقط ما زاد على ربع دينار ، فإن نقص عن ربع دينار فسد ، لكن فساده مقيد بما إذا لم يدخل ، فلو دخل لزمه إتمامه أى : إتمام الربع دينار ، وإن لم يدخل وجب عليه إتمامه إن أراد البناء ، فإن لم يرده فسخ إن عزم على عدم إتمامه ، وإلا بقى له الخيار إلا أن تقوم الزوجة بحقها لتضررها ببقائهما على تلك الحالة .

وما قلنا من أنه يلزمه إتمامه فقط ، خارج من القاعدة فى الذى فسد لصداقه من أن فيه صداق المثل ، ولو عقدا على أسقاطه جملة فيفسخ قبل الدخول ، ويثبت بعده بصداق المثل .

قوله : (الخالص الخ) الخلوص لابد منه ، كما أفاده ظاهر تلك العبارة فى ربع الدينار ، وفى الثلاثة دراهم ، ولا يكفى غير الخالص ، وإن كان يروج رواج الكامل كما فى السرقة بخلاف الزكاة ، نص على ذلك الخرشى فى كبيره .

قوله : (وأما قيمة أحدهما من العروض على المشهور) ومقابله أقوال ، فقيل تعتبر القيمة فى الدراهم فقط ، وقال ابن وهب فى الواضحة : يجوز بأدنى من درهمين ، هكذا نقله المتيطى ، ونقل اللخمى عنه : يجوز بالدرهم ، والنعل ، والسوط .

قوله : (ولا حد لأكثرة) وكره مالك الإغراق فى كثرته ، لما رواه ابن حبان من حديث

(وَلِلْأَبِ إِنْكَاحُ) أي جبر (ٱبْنَتِهِ الْبِكْرِ) على النكاح ممن شاء ، ولو كان أقل من صداق المثل (بِغَيْرِ إِذْنِهَا وَإِذْنِهَا وَإِنْ بَلَغَتْ) ولو عانسا ، ما لم يضر بها ؛ أما إذ أضر بها ، كتزويجها من مجبوب ، أو أبرص ، ونحوهما ، فليس له جبرها .

عائشة رضى الله عنها قالت : قال رسول الله ﷺ : « منْ يُمْنِ ٱلْمرْأةِ تَسْهِيل أَمْرِهَا وَقِلَّةُ صَدَاقِهَا » [1] قال عروة : وأنا أقول من عندى ، ومن شؤمها تعسير أمرها وكثرة صداقها .

تتمة تشتمل على مسألتين :

الأولى : لو أسقط ذكر سكة الدنانير أو الدراهم ، أعطيت السكة الغالبة يوم النكاح ، فإن تساوت أخذت من جميعها بالسوية : كمتزوج برقيق لم يذكر حمرانا ولا سودانا .

الثانية : أنه يشترط فى الصداق ما يشترط فى الثمن ، فيشترط فيه الطهارة ، والانتفاع ، والقدرة على التسليم ، والمعلومية ، لا خمر ، ولو كانت الزوجة ذمية ، ولا آبق ، وثمرة لم يبد صلاحها على التبقية .

قوله : (ممن شاء بما شاء) فله تزويجها لمن هو دونها قدرا وحالا ، وبدون مهر المثل ، ولضرير ، وقبيح منظر ، وفى التوضيح : وللأب تزويجها بربع دينار وإن كان صداق مثلها ألفا ، ولا كلام لها ولا لغيرها ، ولا يجوز للسلطان ولا لأحد من الأولياء أن يزوجها بأقل من صداق مثلها ، وينبغى للولى أن يختار لمن هو مولى عليها سالما ، كما أشار له اللخمى فقال : ويستحب للأب أن لا يزوج ابنته البكر من قبيح المنظر ، أو أعمى ، أو أشل ، فإن فعل مضى ذلك عليها اهـ .

قوله : (كتزويجها من مجبوب) ومثله : الخصى مقطوع الذكر قائم الأنثيين ، أو مقطوع الأنثيين قائم الذكر إذا كان لا يُمنى ، فلا يجبرها على الأصح . وأما إن كان يُمنى ، فله جبرها عليه .

قوله : (أو أبرص) محقق .

وقوله : (ونحوهما) أى : من مجنون يخاف عليها منه ، أو مجذوم بينا – ولو لمثلها – وكذا عنين .

---

(١) مسند الإمام أحمد .

والعانس هى التى طال مكثها فى بيت أهلها بعد بلوغها ، واختلف فى حد التعنيس ، فقيل ثلاثون سنة ، وقيل أربعون ، وقيل غير ذلك ؛ والضمير فى قوله : « وَإِنْ شَاءَ شَاوَرَهَا » عائد على البالغة فقط ، وظاهره التخيير من غير أرجحية ؛ والذى فى الجواهر وغيرها يستحب له استئذانها (وَأَمَّا غَيْرُ ٱلْأَبِ فِي الْبِكْرِ وَصِيٌّ أَوْ غَيْرُهُ فَلَا يُزَوِّجُهَا حَتَّى تَبْلُغَ وَتَأْذَنَ وَإِذْنُهَا صُمَاتُها) ما ذكره فى الوصى ، مثله قول المدونة : لاتزوج اليتيمة التى يولى عليها حتى تبلغ وتأذن . ج إلا أن يكون نص

قوله : (فى حد التعنيس) أى : من حيث المبدأ .

قوله : (وقيل غير ذلك) عبارة بعضهم : وهل سنها ثلاثون ، أو ثلاثة وثلاثون ، أو خمسة وثلاثون ، أو أربعون ، أو خمسة وأربعون ، أو خمسون ، أو منها للستين ؟ أقوال قال بعضهم : ولا يحتاج إلى هذا التحديد ، لأن الأب يجبر البكر ولو بلغت ألف عام .

قوله : (والذى فى الجواهر وغيرها) وهو المعتمد ، وأما غير البالغ فلا يندب مشاورتها .

قوله : (يستحب له استئذانها) أى : تطييبا لنفسها ، وقيل : ليقع النكاح على الوجه المتفق عليه .

تنبيه : الكلام فى بكر لم تزوج أصلا ، أو زوجت وطلقت قبل إقامة سنة ، وأما لو أقامت سنة ، ولم يمسها الزوج ، ثم مات أو طلقها ، فإنها لا تجبر ، لأن إقامة السنة عند الزوج من بلوغها ، بمنزلة الوطء فى تكميل الصداق وعدم جبر الأب .

قوله : (أو غيره) أى : من أخ ، أو عم ، أو قاض .

قوله : (وتأذن) أى : لذلك الغير من الأولياء فى النكاح ، ويعين لها الزوج ، ويسمى لها الصداق ، وترضى بهما .

وقوله : (وإذنها صماتها) أى : فى تلك المسائل ، ولا يشترط نطقها لما جبل عليه أكثرهن من الامتناع عن النطق ، ولما يلحقها به من الحياء ، وهذا يصدق بمن مات أبوها ، أو فقد ، أو أسر ، أو غاب غيبة بعيدة : كإفريقية من المدينة . ولا فرق فى البكر بين أن تكون حاضرة فى المجلس أو غائبة ، وإذا سكتت حتى عقد عليها ، ثم قالت : لم أعلم أن الصمت إذن ، فإنه لا يقبل دعواها ذلك ، ولو عرفت بالبله وقلة المعرفة .

الأب فى الوصية على الإجبار – فينزل منزلته – ونص فى المختصر : على أن الوصى ووصيه ينزل منزلة الأب فى الإجبار بشرطين على سبيل البدل :

أحدهما : أن يعين له الزوج .

والآخر : أن يأمره الأب بالإنكاح ، وهذا الثانى نص عليه الشيخ بعد بقوله :

نعم يندب إعلامها أن صمتها إذن منها ، فيقال لها : إن فلانا خطبك على صداق قدره كذا ، المعجل منه كذا والمؤجل كذا ، فإن رضيت فاصمتى وإن كرهت فانطقى ، وإن منعت عند استئذانها بما يدل على المنع ، أو نفرت بأن قامت ، أو غطت وجهها حتى ظهر كراهتها ، لم تزوج ، لا إن ضحكت ، أو بكت ، فإنها تزوج لاحتمال أنها بكت على فقد أبيها ، وتقول فى نفسها : لو كان أبى حيا لما أحتجت لذلك .

تنبيه : الأصل صماتها كإذنها ، فشبه الصمات بالإذن شرعا ، ثم حذف منه حرف التشبيه وجعل مبتدأ ، ثم قدم مبالغة ، والمعنى : هو كاف فى الإذن ، انظر المصباح .

قوله : (على الإجبار) أى : صريحا أو ضمنا ، مثال الأول : أجبرها . ومثال الثانى : زوجها قبل البلوغ وبعده . ودخل فى الوصى الأنثى ، فلها الجبر حيث نص عليه . ولا فرق فى الوصى بين أن يكون حرا أو عبدا .

قوله : (أحدهما أن يعين له الزوج) أى : سواء أطلق أو قيد كزوجها منه إذا بلغت ، أو بعد كذا من السنين . وهذا ما لم يكن المعين فاسقا ، إذ ليس للأب ولاية عليها بالنسبة للفاسق ، وكذا لو كان حال الإيصاء غير فاسق وتغير حاله ، فللوصى أن لا يزوج ، ولا يضر فى المعين أن يكون له زوجات أو سرارى ، ولابد أيضا أن يكون ذلك المعين يقرض المثل ، فليس الوصى كالأب من كل وجه .

قوله : (أن يأمره الأب بالنكاح) هذا على أحد القولين الذى هو الراجح ، ولو وافق خليلا ، لقال : أن يأمره الأب بالإجبار .

والحاصل : أن الوصى يجبر باتفاق إذا أمره الأب بالإجبار ، أو عين الزوج وإن لم يأمره بالإجبار ، ولا عين الزوج بل قال له : زوجها ممن أحببت ، أو زوجها ، أو أنكحها ، أو أنت وصى على بناتى ، أو على بضع بناتى ، أو على بعض بناتى والبعض مبهم ، فخلاف فى الجبر وعدمه فى هذه الصور ، والراجح الجبر فى الجميع .

ولا يزوج الصغيرة إلا أن يأمره الأب بإنكاحها ، فعلى هذا يحمل قول الشيخ هنا : حتى تبلغ ، على ما إذا لم يأمره الأب بالإنكاح ، لكن عبد الوهاب فسر قول الشيخ الآتى : بما إذا عين الزوج – كما تقف عليه – وعليه فلابد من اجتماع الشرطين المذكورين .

وما ذكره فى غير الوصى كالجد والأخ ، هو المعروف من المذهب : أنه لا يزوجها ، وقيل : له جبرها إن كانت مميزة وخيف عليها الحاجة . ابن بشير : اتفق المتأخرون عليه إن خيف فسادها . ابن عبد السلام : وعليه العمل ببلادنا اليوم مع زيادة بلوغ سنها عشر سنين مع مشورة القاضى ، وعلى هذا اقتصر صاحب المختصر

وأما لو قال وصى فقط ، أو على مالى ، فلا جبر اتفاقا ، لكن لو زوج فالظاهر أنه يمضى والظاهر أنه إذا قال : أنت وصيى على كل شىء ، يجبر ويظهر أيضا أن له الجبر إذا قال : أنت وصيى على أولادى . ولو أوصاه على بيع تركته ، أو قبض ديونه ، لا جبر لكن لو جبر وزوج لصح .

قوله : (وعليه فلابد من الخ) ضعيف ، إذ يكفى أحدهما ، وأراد بالشرطين : تعيين الزوج وأمر الأب له بالإنكاح .

قوله : (وقيل له جبرها إن كانت الخ) حاصل المسألة : أن مذهب الرسالة أن اليتيمة التى لم تبلغ لاتزوج أصلا ، وهى الرواية المشهورة عن مالك ، وذهب خليل : إلى أنها تزوج بشروط ، وجرى به العمل . وما جرى به العمل يقدم على المشهور ، واختلف بعد ذلك فى الجبر وعدمه ، ورجحه بعض الشراح .

وأقول : يمكن الجمع : بأن يحمل الراجح وهو عدم الجبر على تزويجها من معين ، ومقابله وهو الجبر على تزويجها من مطلق شخص .

قوله : (وعليه) أى : على الجبر .

وقوله : (إن خيف فسادها) هو معنى قوله : إن خيف عليها الحاجة .

قوله : (مع زيادة بلوغ سنها عشر سنين) أى : أتمتها لادخلت فيها فقط للاحتياط .

قوله : (مع مشورة القاضى) المراد : أن يثبت عند القاضى موجات التزويج ، أى : من خوف فسادها بزنا ، أو ضيعة لفقرها ، أو فساد حالها بعدم تزويجها ، وكونها بلغت

....

عشرا فأكثر ، ومن إذنها بالقول لعاصبها أو لوصيها غير المجبر أن يزوجها ، أو للحاكم إن لم يكونا أى : على القول بعدم الجبر .

وعبارة أخرى [١] : وشُوِرِ القاضى ، مالكيا ، أو غيره ، أى : من حيث أن يثبت عنده يتمها ، أو فقرها ، أى : إن كان موجب التزويج خوف الضياع لعدم النفقة ، وخلوها من زوج ، وعدة ، ورضاها بالزوج أى : على القول بعدم الجبر ، وكونه كفؤا لها من جهة الدين أى : كونه غير فاسق ، والنسب ، والحرية ، والمال ، والحال ، أى : سلامته من العيوب ، والتى يثبت للزوجة بها الخيار ، وكونه ذا حسب وهو : ما يعد من المفاخر ككرم الآباء ، وكون الصداق صداق المثل ، والجهاز الذى يجهز به مناسب لها اهـ .

وظهر أن قوله [٢] : أو كونه كفؤا لها من جهة الدين الخ أى : أن اعتبار هذه الأشياء كلها مع الإمكان ، خصوصا والتحقيق المقتضى لعدم الالتفات للحرية ، والنسب ، والمال ، والحسب : أن الكفاءة شيئان فقط : **الدين** أى : كونه غير فاسق بجارحة ، **والحال** : أى : سلامته من العيوب التى بها الرد .

وإذا زوجت مع فقد تلك الشروط أو بعضها ، والحال أن يُتمها ، وخلوها من زوج وعدة ، محقق . فلا فسخ أصلا – كما أفاده بعض المحققين – إلا فيما إذا زوجت عند عدم خوف الفساد ، فيفسخ ما لم يدخل ويطل ؛ والطول بولادة ولدين ، ولا تكفى ولادة توأمين ، ومضى ثلاث سنين بمنزلة ولادة ولدين ، ولا يكفى سنتان .

وما ذكرناه : من أن خوف الفساد شامل للخوف عليها لضياعها من عدم النفقة ، ذكره الشيخ أحمد الزرقانى ، ورده عج مرجحا لما أفاده ابن حارث : من أنها فى تلك الحالة تزوج ، وإن لم يوجد شرط من بلوغها العشر ، ولا أذنت بالقول اهـ أى : ولا غيرهما من الكفاءة فى النسب وغيره ، كما هو ظاهر إطلاق ابن الحارث ، ولعله حيث لا يمكن . وإنما قلنا : أفاده لا نص عليه ، لأن مسألة ابن حارث ذات أب انقطع عنها النفقة لغيبة أبيها غيبة

---

(١) هذه عبارة خليل ممزوجة بالشرح .

(٢) متعلق بعبارة خليل وشرحها .

وما ذكره من أن إذنها صماتها ، مثله قول المدونة : إن قال لها وليها : إني مزوجك ، فسكتت ، فذلك منها رضا (وَلَا يُزَوِّجُ الثَّيِّبَ) البالغة ، العاقلة ، الحرة ، التي لم تزل بكارتها بعارض ، أو بزنا ، رشيدة كانت ، أو سفيهة (أَبٌ وَلَا غَيْرُهُ إِلَّا بِرِضَاهَا وَتَأْذَنُ بِالْقَوْلِ) .

وقيدنا بالبالغة احترازا من الصغيرة التي ثيبت قبل البلوغ ، فإنه لا يزوجها غير الأب علي ما رجع إليه مالك ، وله جبرها .

وبالعاقلة ، احترازا عن المجنونة ، فإن الأب يجبرها إذا كانت لا تفيق ، فإن كانت تفيق أحيانا ، انتظر إفاقتها .

وبالحرة ، احترازا من الأمة ، فإن لسيدها جبرها اتفاقا ، إن كانت كاملة الرق

بعيدة ، وخشى عليها الضياع ، ومثلها : مجهولة الأب وقضية رد عج : أن خوف الضياع بعدم النفقة أشد من خوف الزنا . ولم أقف على المراد من الخوف ، والظاهر أنه يفسر بغلبة الظن .

قوله : (وما ذكره الخ) هذا فى اليتيمة البالغ لما تقدم .

قوله : (إني مزوجك) أى : من فلان ، كما هو موجود فى المدونة ، فالشارح أسقطه .

قوله : (التى لم تزل بكارتها الخ) أى : بل أزيلت بنكاح حيث كان صحيحا ، أو مختلفا فى فساده ، أو متفقا على فساده ودُرِىء الحد ، وأما إن لم يدرأ الحد فله جبرها .

قوله : (على ما رجع إليه) مفاده : أن مالكا كان أولا يقول : يزوجها غير الأب من الأولياء ؛ والذى وقفت عليه لعدم اطلاعى : أن المسألة ذات خلاف ، وأن المقابل قولان : لا يجبرها ويجبرها وإن بلغت ، والمناسب للشارح أن يقول : فلا يتوقف تزويجها على رضاها ، ولا إذنها بالقول بل حكمها حكم المجبرة .

قوله : (احترازا عن المجنونة) أى : عن الثيب البالغ المجنونة ، فإن الأب يجبرها ولو كان لها أولاد ؛ وكذا الحاكم يجبر المجنونة البالغة إذا لم يكن هناك أب ، أو كان مجنونا ، وانظر : هل يقيد باحتياجها النكاح ؟

قوله : (فإن كانت تفيق أحيانا) أى : حيث كانت ثيبا بالغا .

ولم يقصد بذلك ضررها ، أما غير الكاملة الرق ، فلا جبر له عليها - على ما فى المختصر .

وبالتى لم تزل بكارتها الخ ، احترازا ممن أزيلت بكارتها بعارض ، فإن للأب جبرها اتفاقا ، ومن أزيلت بكارتها بزنا فكذلك - على ما فى المدونة - وقال عبد الوهاب : إن تكرر الزنا منها حتى زال جلباب الحياء عن وجهها لم تجبر ، وإلا جبرت . بعضهم : وهو تفسير للمدونة ، وقال ابن عبد الحكم : لا تجبر ، واختاره اللخمى ، وعزاه ابن رشد للشيخ أبى محمد .

وما ذكرناه فى الرشيدة متفق عليه ، وفى السفيهة على المشهور . وما ذكر من

قوله : (ولم يقصد بذلك ضررها) أما إن قصد بذلك ضررها ، فإنه لا يجوز له جبرها على النكاح ، كما إذا زوجها بذى عاهة : كجذام ، وبرص وكذلك للسيد أن يجبر عبده على التزويج ، إن لم يقصد بذلك إضراره .

قوله : (إن كانت كاملة الرق) بأن لم يكن فيها عقد حرية .

وأما لو كان فيها عقد حرية ، فهو ما أشار إليه بقوله : (أما) الخ ، أى : كمدبرة ، ومكاتبة ، ومعتقة لأجل ، وأمومة ولد ، على ما اختاره اللخمى ، وهو ضعيف ، والذى تجب به الفتوى : أنه ليس له جبر أم الولد ، والمكاتبة . وله جبر المدبرة ، والمعتقة لأجل ، ما لم يمرض السيد ، ويقرب الأجل .

فقول شارحنا : (على ما فى المختصر) يفيد : أن المسألة ذات خلاف .

قوله : (أزيلت بكارتها بعارض) أى : بعود ، أو وثبة .

قوله : (على ما فى المدونة) أى : وهو المشهور .

قوله : (زال جلباب) الجلباب - بكسر الجيم - وهو كما قال ابن فارس : ما يغطى به من ثوب وغيره . وقال ابن الأعرابى : الإزار . وإضافة جلباب لما بعده من إضافة المشبه به إلى المشبه أى : حتى زال الحياء الشبيه بالجلباب .

قوله : (وقال ابن عبد الحكم الخ) الحاصل : أن الأقوال ثلاثة .

قوله : (وفى السفيهة على المشهور) إذ لا يلزمه من ولاية المال والنظر ولاية النكاح ، ومقابل المشهور : ما حكاه المتيطى من قوله : يجبرها .

أنها تأذن بالقول فهو كذلك ، لما رواه : مالك ، والشافعي ، ومسلم ، أنه ﷺ قال : « الأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَٱلبِكْرُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا وَإِذْنُهَا صُمَاتُهَا » [١] والمراد بالأيم : الثيب ، لما جاء مفسرا فى رواية لمسلم : « الثَّيِّبُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا وَٱلبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ » والفرق بينهما : أن الحياء قائم فى البكر ، والثيب قد يزول منها ذلك .

قوله : (فهو كذلك) أى : تأذن بالقول : أى فى تعيين الزوج ، والصداق ، أما إذنها فى العقد ، فيكفى الصمت أى : إذا كانت حاضرة المجلس ، لا إن غابت عنه ، فلابد من نطقها .

قوله : (أحق) لفظ أحق للمشاركة أى : أن لها فى نفسها فى النكاح حقا ، ولوليها ، وحقها آكد من حقه ، قاله النووى ، أى : فهى أحق بالرضا أن لا تزوج حتى تنطق بالإذن ، وحق الولى فى العقد .

قوله : (تستأذن) أى : يستأذنها وليها – أبا كان أو غيره – تطييبا لنفسها .

وقوله : (صماتها) – بالضم – سكوتها ، قال القرطبى : هذا منه ﷺ مراعاة لتمام صونها ، وإبقاء لاستحيائها ، لأنها لو تكلمت صريحا لظن أنها راغبة فى الرجال ، وذلك لا يليق بالبكر .

قوله : (والبكر تستأمر) قال الشيخ أبو الحسن – رحمه الله –: وجه استئمارها أن يقول لها وليها بمحضر الشهود قبل عقد النكاح : إنى مزوجك فلانا . وقيل : معنى تستأمر : أن إذنها مأمور به .

قوله : (إن الحياء قائم) نقل عن ابن العطار [٢] : الحياء عشرة أجزاء : تسعة فى النساء ، وجزء فى الرجال ، فإذا تزوجت المرأة ذهب ثلثه ، فإذ ولدت ذهب ثلثاه ، فإذا زنت ذهب كله اهـ . فقول شارحنا : إن الحياء قائم أى بتمامه .

وقوله : (والثيب قد يزول) المناسب أن يقول : قد زال أى : لم يوجد بتمامه .

---

(١) الموطأ : ٥٢٤/٢ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباق .
صحيح مسلم : كتاب النكاح ، باب استئذان البكر . النكاح : ١٣٧/٢ .
سنن أبى داود : ٣١٣/٢ بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد القاهرة ١٩٥٠ ، النسائى : ٧٠/٦ طبع الحلبى . ابن ماجه : ٢٩٥/١ .
الترمذى : ٤١٦/٣ وقال حديث حسن صحيح . نصب الراية : ١٨٢/٣ .

(٢) وفى الثمر الدانى ، ص ٣٢٧ : ابن القصار .

(وَلَا تُنْكَحُ الْمَرْأَةُ) ذات الحال (إِلَّا بِإِذْنِ وَلِيِّهَا) أو وكيله ، لما تقدم أن الولى شرط فى صحة العقد ، ولا خلاف فى ذلك عندنا . واختلف : هل ذلك تعبد أو مخافة ما يلحق الولى من المعرة ، لأنها قد توقع نفسها فى غير كفء ، لو عقدت على نفسها ؟ (أَوْ) بإذن (ذِى الرَّأْيِ مِنْ أَهْلِهَا وَالسُّلْطَانِ) ج : قال فى التهذيب : قال مالك : وقول عمر : لا تنكح المرأة إلا بإذن وليها ، أو ذى الرأى من أهلها ، أو السلطان ؛ فذو الرأى من أهلها : الرجل من العشيرة ، أو العم ،

قوله : (ذات الحال) الشريفة أى : يحرم أن ينكح الشريفة غير المجبرة إلا بإذن وليها الخاص كابنها ، أو أخيها ، كما حل به بعض الشراح .

قوله : (لما تقدم أن الولى الخ) هذا التعليل يوجب عدم التقييد بذات الحال ، لأن الولى الذى هو شرط فى صحة العقد هو : من يتولى العقد ، كانت المرأة ذات حال أولا ، ويوجب أن يقول المصنف : ولا تتولى المرأة عقد نفسها ، وذلك لأن نكاحها بإذن وليها يجامع توليها العقد بنفسها ، والقصد أن لا تتولى العقد بنفسها .

قوله : (ولا خلاف فى ذلك عندنا الخ) خلافا لأبى حنيفة ، فإنه يجوز توليها عقد نفسها .

قوله : (مخافة ما يلحق الولى من المعرة) هذا لا يظهر فيما إذا كان من عامة المسلمين أو السلطان .

قوله : (ولو عقدت على نفسها الخ) فيه : أنه لو ربط بإذن الولى لا يوجب ذلك .

قوله : (قال فى التهذيب) أى : أبو سعيد البراذعى ، والتهذيب مختصر المدونة .

قوله : (إلا بإذن وليها) أى : الخاص كابنها أو أخيها كما تقدم .

قوله : (فذو الرأى الخ) مقول القول .

قوله : (الرجل من العشيرة) أى : القبيلة كما فى المصباح .

قوله : (أو العم) هذا ما وقفت عليه من نسخ هذا الشرح ، والذى فى شارح الموطأ ، وأبى الحسن على المدونة : أو ابن العم ، وهو أحسن . فإن قلت : أبن العم من القبيلة ، فما نكتة التخصيص بالذكر ؟ **قلت** : لعل ذلك الإشارة إلى أنه لا يشترط فى الرجل من القبيلة أن يكون محرما .

أو الولى . وقال ابن نافع : هو الرجل من العصبة . واختلف فى معنى ذى الرأى ، فقيل : هو الرجل ذو الصلاح والفضل ، وقيل : هو الوجيه الذى له رأى ، ومن يرجع إليه فى الأمور . ومن هذا علم أن قول الشيخ : (كَالرَّجُلِ مِنْ عَشِيرَتِهَا) تفسير لذى الرأى من أهلها وقوله : (أو السلطان) معطوف على ذى الرأى فأو للتنويع

قوله : (أو الولى) هكذا فيما وقفت عليه من نسخ هذا الشرح ، والتحقيق والصواب : المولى ، وهو الموجود فى شرح الموطأ ، وأبى الحسن على المدونة ، والأولى أن يزيد : أو الكافل ، لأنه مقدم على السلطان على ما سيأتى .

وله : (هو الرجل من العصبة الخ) يحتمل أن يكون أراد عصبة النسب ، فيكون قول ابن نافع أخص من قول مالك ، ويحتمل أنه أراد ما هو أعم من عصبة النسب أو الولاء ، فيكون مساويا لقول مالك .

قوله : (والفضل) عطف عام على خاص .

قوله : (الذى له رأى) تفسير للوجيه ، كما يفيده بعض الشراح ، ويحتمل أنه وصف مخصص أى : أن المراد به من اجتمع فيه شيئان : الوجاهة والرأى .

وقوله : (ومن يرجع إليه فى الأمور) عطف تفسير ، والأحسن أن يُفسَّر ذو الرأى : بمن اجتمعت فيه شروط الولاية ، كما فى حاشية عج .

وشروط الولى . الذكورة ، والحرية ، والعقل ، والبلوغ ، وعدم الإحرام ، وعدم الكفر فى المسلمة . وأما السفه فيمنع فى الجملة ، وهو : من لا رأى له ، أو ضعيفه ، لأن السفيه ذا الرأى يعقد بإذن وليه .

قوله : (ومن هذا) أى : التقرير .

قوله : (علم الخ) يظهر منه إ أن قول المصنف : كالرجل الخ ، بعد قول المصنف : أو السلطان ، والموجود فى نسخ غير هذا الشارح – مما وقفت عليه – أنه يقدم على قوله : أو السلطان .

قوله : (فأو للتنويع الخ) المناسب أن يقول : فأو للترتيب ، كما عبر به غيره حيث قال : قال أبو عمر : اختلف أصحابنا فى قول عمر هذا ، فقال بعضهم : كل واحد من هؤلاء يجوز إنكاحه إذا أصاب وجه النكاح من الكفء ، والصلاح . وقال آخرون : على الترتيب لا التخيير .

لا للتخبير ، ولا يكون الحاكم وليا فى النكاح حتى يثبت عنده أربعة عشر فصلا ذكرناها فى الأصل ، وإنما قيدنا المرأة فى كلامه بذات الحال لقوله : (وَقَدْ آخْتُلِفَ فِي الدَّنِيَّةِ) وهى التى لا يرغب فيها لكونها ليست ذات جمال ، ولا مال ، ولا حال ، ولا قدر ، كالسوداء الفقيرة ، والمسلمانية ، والتى تسأل الناس عن

ثم فى المقام أمر وهو : أن الترتيب المذكور إنما هو شرط فى الجواز ، أى : عدم الكراهة ، وإلا فلو زوج السلطان مع وجود من قبله ، أو زوج ذو الرأى مع وجود الولى بالمعنى المتقدم ، لصح ، لكن مع الكراهة .

لكن يكون فى المقام شىء آخر وهو : أن كلام عمر يقتضى أن أفراد الولى الخاص فى مرتبة واحدة ، وكذلك أفراد ذى الرأى فى مرتبة واحدة ، وليس كذلك إذ الأب مقدم على الأخ ، وعاصب النسب مقدم على صاحب الولاء ، وغير ذلك .

قوله : (ولا يكون الحاكم) أى : الذى هو السلطان ، والمراد بالحاكم : من له حكم من إمام ، أو قاض ، كما قاله الباجى .

قوله : (ذكرناها فى الأصل) وهى كونها . صحيحة ، بالغة ، غير مولى عليها ، ولا محرمة على الزوج ، وأنها حرة ، وأنها بكر ، أو ثيب ، وأن لا والد لها ، أو عضلها ، أو غاب عنها ، وخلوها من الزوج ، والعدة ، والرضا بالزوج والصداق ، وأنه كفؤها فى الحال والمال ، والمهر مهر المثل فى غير المالكة أمر نفسها ، وإن كانت غير بالغة فيثبت فقرها ، وأنها بلغت عشرة أعوام فأكثر ، قاله فى التحقيق .

قوله : (لكونها ليست ذات مال الخ) أى : فمتى اتصفت بجمال ، أو مال ، أو حال ، تكون شريفة .

وقوله : (ولا قدر) عين قوله : ولا حال . وأراد بالقدر والحال : ما يعد مفخرة : كالنسب ، والحسب ، ككرم الآباء .

وقوله : (كالسوداء الخ) ، الكاف للتشبيه ، ليس المراد كل سوداء بل المراد : أن تكون من قوم من القبط يقدمون من مصر إلى المدينة وهم سود ، كما قال مالك . فالأولى للشارح أن يسقط قوله الفقيرة .

والحاصل : أن مفاد ذلك كما قال بعض شراح خليل : أن من يرغب فيها بواحد مما تقدم شريفة ، وأن المسلمانية دنيئة مطلقا ، وكذا السوداء ، والمعتقة اهـ .

الديار ، ونحوها . هل لها (أَنْ تُوَلِّيَ أَجْنَبِيًّا) ؟ وهو من له ولاية الإسلام فقط : مع وجود الولى الخاص ؛ فقال ابن القاسم يجوز لها أن توليه ابتداء وصرح بمشهوريته ، وقال أشهب : لا يجوز ذلك إلا لعدم الأقرب .

قوله : (والتى تسأل الخ) الظاهر أيضا : أنها دنيئة مطلقا .

قوله : (عن الديار الخ) كذا فيما وقفت عليه ، والذى فى التحقيق : والتى تسأل الناس على الديار بلفظ على ، وهى أحسن ، أى : تسأل الناس والحال أنها واقفة على الديار ، أى : تقف على الديار سائلة أهلها .

وقوله : (ونحوها) كالتى تفعل ما يخل بمروءتها بحيث لا يرغب فيها ، ولو احتوت على مال أو جمال .

قوله : (ولاية الإسلام فقط) أى : فلم يكن وليا ، ولا ذا رأى من أهلها ، ولا مولى ، ولا سلطانا .

قوله : (مع وجود الولى الخاص) الذى هو واحد ممن تقدم .

قوله : (فقال ابن القاسم) حاصله : أن الخلاف بين الشيخين إنما هو فى الجواز موافقا لبعض الشراح : من أن ابن القاسم ، وأشهب متفقان على الصحة ، وأن الخلاف بينهما إنما هو فى الجواز ابتداء ، وأفاد **تت** : خلاف ذلك ، وأن الخلاف بينهما إنما هو بالصحة وعدمها ، فابن القاسم يقول بالصحة أى مع الكراهة وهو المعتمد ، وأشهب بعدمها ، وهو أحسن من كلام شارحنا ، كما يفيده ما وجدته عن بعض الفضلاء .

قوله : (إلا لعدم الأقرب) المناسب إلا لعدم القريب فتدبر .

ونذكر حاصلا تتم به الفائدة **فنقول** : والحاصل أن أولياء الثيب البالغ أربعة [1] : ولى نسب ، فمولى عتاقة ، فكافل ، فحاكم ، فعامة مسلم ، وهى على الترتيب :

أما الأول ، فهم أيضا على الترتيب ، كما سيصرح المصنف بذلك بقوله : والابن أولى من الأب .

فإذا فقد ولى النسب بمراتبه الآتية ، **فمولى أعلى** للمعتقة ، ثم عصبته ، ثم معتق المعتق ،

---

(١) المعدود خمسة خلاف العدد ، فتنبه .

....

كالإرث . فإن لم يوجد المولى الأعلى ولا عصبته ، فهل تنتقل الولاية للمولى الأسفل الذكر – وهو العتيق – أى : يكون له ولاية على من أعتقه ، أو لا ولاية له عليها ؟ كما فى الجلاب . ابن الحاجب : وهو الأصح . وانظر : هل الأسفل وإن نزل عن الأول ، أو فى معتقها خاصة لا فى معتقه ، ولا فى أولاده .

فإن لم يوجد من ذُكر ، **فالكافل** ، وهو الذى كفل الصبية إلى أن بلغت عنده – ولو أجنبيا – لا من يستحق الحضانة شرعا ، فله أن يزوجها برضاها ، والمراد بها : من مات أبوها ، وهل إن كفل عشرة أعوام ، أو أربعة أعوام ، أو لا حد لها ، وإنما المقصود إظهار الشفقة والحنان على الصبية ؟ وهو الأظهر عندى ، أقوال .

ولو مات زوج المكفولة ، أو طلق ، فهل تعود ولاية الكافل ؟ ثالثها : إن كان فاضلا ، رابعها : إن عادت لكفالته . والظاهر عندى الأول . والمراد : كافل ذكر ، وأما الكافلة فلا ولاية لها على المذهب .

والراجح : أن ولاية الكفالة مقصورة على الدنيئة ، وأما غيرها فلا يزوجها إلا ولى أو سلطان .

فإن لم يوجد من تقدم **فالحاكم** المعتنى بالسنة وأحكام الشريعة ، وإلا فهو كالعدم ، يزوجها بعد أن يثبت عنده ما يجب إثباته .

فإن فقد من ذكر ، **فولاية الإسلام** ، وهى عامة لا تختص بشخص دون آخر .

وصح بالولاية العامة مع الكراهة ، كما فى الحطاب ، مع وجود الولى الخاص من نسب ، أو ولاء ، أو ولاية ، لم يجبر فى الدنيئة دخل بها أو لا . لكن إن حصل دخول عزر الزوجان .

ولو عقد النكاح بالولاية العامة مع وجود الولى الخاص ، وهو مجبر كالأب فى ابنته ، والسيد فى أمته ، والوصى فى البكر – على ما تقدم – فإن النكاح لا يصح ، ولابد من فسخه أبدا ولو أجازه المجبر .

وأما المرأة الشريفة إذا عقد نكاحها بالولاية العامة مع وجود الخاص – وهو غير مجبر – فإن لم يعثر على ذلك إلا بعد أن دخل بها زوجها ، وطال كثلاث سنين ، أو ولدت ولدين غير توأمين فأكثر ، فإن نكاحها لا يفسخ . فالسنة والسنتان لا يكونان طولا ، وللولى الأقرب حينئذ رد النكاح وإجازته ، وكذلك الحاكم إن لم يكن لها ولى ، أو كان لها ولى ولكن غاب غيبة

ثم انتقل يتكلم على مراتب الأولياء بالنسبة للثيب فقال : (وَٱلْآبْنُ أَوْلَى) بتزويج أمه (مِنَ الأَبِ) أي : من أبيها على المشهور ، لأنه أقوى العصبة بدليل : أنه أحق بموالى مواليها من الأب ، وأولى بالصلاة عليها منه ، ولأن الأب يكون معه صاحب فرض ، وابن الابن وإن سفل مثل الابن فى ذلك (والْأَبُ أَوْلَى) بإنكاح ابنته (مِنَ الأَخِ) الشقيق ، أو لأب ، لأن الأخ يدلى بالأب ، والأب يحجبه عن الميراث ، والحاجب أولى من المحجوب ، والأخ الشقيق يقدم على الذى للأب ، كما فى الميراث على المشهور ، ولا مدخل للذى للأم هنا . ولو اقتصر على قوله :

بعيدة كالثلاثة أيام له رده ، وإجازته ، وأما إن كان وليها غائبا غيبة قريبة ، فإنه يكتب إليه ، قاله اللخمى ، ويوقف الزوج عنها .

قوله : (والابن أولى) أى ما لم تكن الثيب فى حجر أبيها ، أو وصيها ، أو مقدم القاضى ، بناء على أنه فى منزلة الأب ، وإلا فيقدم كل على الابن ، ومحله أيضا : ما لم يكن الابن من زنا ، ولم تثيب قبله بنكاح ، وإلا قدم الأب لبقاء جبره عليها ، ومثل ذلك : لو كانت مجنونة ، لأن أباها يجبرها ولو مع وجود ولدها ، بخلاف الثيب بنكاح وأتت بولد من زنا بعد ذلك ، فالابن يقدم فى هذه على أبيها .

قوله : (على المشهور الخ) ومقابله : ما فى كتاب المدنيين : أن الأب أولى من الابن .

قوله : (بدليل أنه أحق بموالى مواليها) فلو كانت المرأة أعتقت عبدا ، والعبد أعتق عبدا ، فالعبد الثانى مولى لمولاها الذى هو العبد الأول الذى باشرت عتقه ، فالأحق بذلك الذى جعل مولى لمولاها ابنها لا أبوها ، وأولى أحق بمولاها .

قوله : (وابن الابن وإن سفل) يمكن إدخاله فى قول المصنف : والابن ، بأن يراد الابن حقيقة ، أو حكما .

قوله : (والأب أولى) أى : الأب الشرعى أولى من الأخ ، لأن المخلوقة من الزنا مقطوعة النسب ، فلا حق لصاحب الماء فى الولاية عليها ، وإن حرم عليه التزوج بها .

قوله : (على المشهور) : وقيل يستويان ، روايتان عن مالك .

قوله : (ولا مدخل للذى للأم هنا) أى : فهو من عامة المسلمين ، فمرتبته بعد القاضى .

(وَمَنْ قَرُبَ مِنَ الْعَصَبَةِ) فهو (أَحَقُّ) لكفى ، ومعنى أحق : على جهة الأولوية ، بدليل قوله : (وَإِنْ زَوَّجَهَا الْبَعِيدُ) كالعم ، مع وجود الأقرب الخاص كالأخ (مَضَى ذَلِكَ) التزويج ، وإن كان لا يجوز الإقدام عليه ابتداء ، بشرط أن يزوجها بكفء ، ولم يكن الخاص مجبرا . أما إن زوجها بغير كفء فإنه يرد ، فإن لم يرده رفعت ذلك إلى الإمام على المشهور ، وإن زوجها مع وجود المجبر فسخ على المشهور ، اللخمى : وهذا فى ذات القدر ، وأما الدنية فيمضى قولا واحدا . وفهم

قوله : (ومن قرب من العصبة فهو أحق) أى : فإن لم يكن لها أب ، فأخوها ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم الجد أبو الأب ، وأما جد الجد وأبو الجد - فيما يظهر - فعمها يقدم عليهما ، فإن لم يوجد الجد ، فالعم وهو ابن الجد ، ثم ابن العم وإن سفل ، ثم عم الأب ، فابنه ، ثم عم الجد كذلك صعودا وهبوطا .

وكما أن الأخ الشقيق يقدم على الأخ للأب ، كذلك ابن العم الشقيق على ابن العم للأب ، والعم الشقيق يقدم على العم للأب ، وهكذا العم الذى للأب يقدم على ابن العم الشقيق ، كالأخ الذى للأب يقدم على ابن الأخ الشقيق .

قوله : (مضى ذلك التزويج وإن كان لا يجوز) هذا يفيد : أن تقديم الأقرب من باب الأوجب وهو المناسب ، لقول خليل : وصح بأبعد مع أقرب إن لم يجبر . والذى عليه جل شيوخ المدونة أن الترتيب إنما هو على جهة الأولوية فقط ، وأن مخالفه مكروه ، ويوافقه قوله : أولا على جهة الأولوية ؛ فظهر أن فى عبارة الشارح تنافيا .

قوله : (أما إن زوجها) أى : البعيد بغير كفء ، أى : بأن زوجها بكافر ، أو فاسق بالعقائد ، كما صرح به فى التحقيق .

وقوله : (فإنه يرد) بالبناء للمفعول أو الفاعل .

ويقوى الثانى ، قوله : (فإن لم يرده) أى : يجب على الولى بعيدا أو قريبا أن يرده ، ولو رضيت المرأة بذلك ، فإن لم يرده رفعت ذلك للإمام أى وجوبا بالرد ، ولا يجوز هنا الرضا . وظاهره أنها إذا قالت : رددت نكاحى ، لا يعتبر ذلك بل لابد من كون الإمام هو الذى يرد ، بخلاف الولى فإنه يتولى ذلك وانظره .

وقوله : (على المشهور) تنازع فيه يرد ورفعت ، وصريحه : أن المسألة ذات خلاف ، وأن مقابل المشهور يقول بعدم الرد ، ولم أقف عليه ، وقد ذكره فى التحقيق عن ابن عمر . والذى وقفت عليه أن الخلاف فى الفاسق بالجارحة .

من كلامه : أن المتساويين أحرى فى إمضائه . (وَلِلْوَصِيِّ) الذكر (أَنْ يُزَوِّجَ الطِّفْلَ) الذكر الذى (فِي وِلَايَتِهِ) أيِ : له جبره على التزويج كالأب ، بهرام :

والحاصل أن المستفاد من خليل – وهو الصواب : أن الكفاءة هى : **الدين** أى : كونه غير فاسق بالجارحة ، **والحال** أى : كونه سالما من العيوب التى يثبت للزوجة بسببها الخيار ، وأنها حق للولى والزوجة معا .

قال **عج** : فإن قلت : كيف هذا مع قول أبى الحسن : وإن زوج ابنته من سكير فاسق لا يؤمن عليها ، رده الإمام وإن رضيت ، وكذا لو أوصى له أن يزوج ابنته من سكير فاسق لم يجز ذلك فيها كما لو فعله الأب ؟

قلت : أجاب بعض أشياخى : بأنه حيث لم يؤمن عليها ، صار الحق لها ولله تعالى لوجوب حفظ النفوس ، فلم يلتفت لرضاها ورضا وليها ، وإنما لها ولوليها ذلك حيث تمحض الحق لهما ، وحينئذ فللمرأة – بكرا أو ثيبا – مع وليها ترك الكفاءة ، والرضا بالفاسق بالجارحة ، والمعيب ، فإن تركتها المرأة فحق الولى باق ، وبالعكس .

والعتيق كفء للدنية ، وغير الشريف للشريفة ، والأقل جاها كفء لمن هى أقوى منه جاها ، وهل العبد كفء للحرة أو ليس بكفء ؟ قولان ، وظاهره ولو عبد أبيها ، والقليل المال كفء لكثيرته .

قوله : (على المشهور) ليس راجعا لمسألة المجبر كما يتبادر بل راجع لقول المصنف : مضى ذلك ، أى : المتعلق بغير المجبر ، أى : على المشهور ، ومقابله أقوال منها : للأقرب رده ما لم يطل وتلد الأولاد ، وقال ابن حبيب فى الواضحة : ما لم يبن . يعلم ذلك بمراجعة نصوص الأئمة .

فقول الشارح : (اللخمى وهذا) أى : الخلاف فى تزويج الأبعد لغير المجبرة مع وجود الأقرب ، فتدبر المقام فإنه صعب ؛ وبتقريرنا ذلك زال الإشكال إن شاء الله .

قوله : (وللوصى الذكر) أى له جبره ، كما قال الشارح ، أى : حيث يكون له جبر الأنثى ، وكان فى ذلك مصلحة كنكاحه من المرأة الموسرة أى : أو الشريفة ، أو ابنة عم .

قوله : (كالأب) أى : كما أن الأب له أن يجبره على التزويج .

لا خلاف فى جبر الأب الولد الصغير ، وهو مقيد بما إذا كان فيه غبطة كنكاحه من المرأة الموسرة . والوصى كالأب على مذهب المدونة . وقيدنا الوصى بالذكر لأن المرأة

قوله : (على مذهب المدونة) ومقابله قولان : **الأول** : أن الوصى ليس كالأب ، وهو مذهب الموازية . **الثانى** : التفرقة ، فإن كانت المرأة شريفة ، أو ابنة عم ، فله ذلك وإلا فلا ، وهو مذهب المغيرة .

قوله : (كنكاحه من المرأة الموسرة) أى : أو الشريفة ، أو ابنة عم .

قوله : (والوصى كالأب) أى : فى الجبر بالشرطين على مذهب المدونة ، فيه إشارة إلى أن فى مسألة الوصى خلافا وقد حكاه فى شرح ابن الحاجب العلامة خليل بقوله : وفى إجبار الوصى للصغير ثلاثة أقوال : ألحقه بالأب فى المدونة ، وكذلك وصى الوصى . وقال فى الموازية : وليس فى هذا نظر ، ولا يعجبنى . إلى آخر ما قال .

وكذلك الحاكم يجبر الصغير لمصلحة مما تقدم .

فتحصل : أن كلا من الأب ، والوصى ، والحاكم ، يجبر الصغير إذا كان فى ذلك مصلحة ؛ وكذلك يجبرون المجنون المحتاج إلى النكاح لإقباله على الفساد ، وكذلك للخدمة عند ابن فرحون . ولعل المراد بالخدمة التى لا تكون إلا من نحو الزوجة ، وهذا فى المجنون الذى لا يفيق أصلا ، وأما الذى يفيق أحيانا ، فتنتظر إفاقته . والكلام فى مجنون بلغ مجنونا . وأما من بلغ عاقلا رشيدا ، ثم طرأ جنونه ، فلا ولاية له عليه ، وإنما ولايته للحاكم ، فلا يجبره إلا هو لا أب ولا وصى ؛ وهل لهم أن يجبروا السفيه أو لا ؟ خلاف .

تتمة : وجبر الوصى الصغير حيث يجبر الصغيرة ، بأن أمره الأب به ، إن عين له الزوج ، وأما إذا لم يأمره الأب بالإجبار ، ولا عين الزوج ، فإنه لا يجبره . ويزوجه بدون جبر إذا طلب الطفل ذلك ، وكان فى تزويجه مصلحة ، وأما المجنون فيجبر مطلقا . ولا يتأتى فى السفيه أن يقال حيث يجبر ، لأنه بالغ . ولا يرد أن الوصى يجبر البالغة إن عين الأب الزوج ، لأن جبرها له معلل بالبكارة فله فيها الجبر ، ومقدم القاضى مثله .

تنبيه : اعلم أن صداقهم ، أعنى : الصبى ، والسفيه ، والمجنون ، على الأب إن كانوا وقت الجبر معدمين ، لا فرق بين حياة الأب وموته ، ويتبع به كدين لزم ذمته ، وسواء بقى الولد على فقره ، أو أيسر بعد جبره ، ولو قبل الفرض فى التفويض ؛ ولو شرط الأب الصداق

إذا كانت وصية فإنها لا تعقد – على ظاهر المدونة – بل توكل غيرها من الرجال ، سواء كان وليها أو غيره على المشهور ، وعن ابن حبيب : لها أن تعقد نكاح الذكر ، وهو ظاهر قول الشيخ بعد : ولا تعقد امرأة نكاح امرأة .

(وَلَا يُزَوِّجُ الْوَصِيُّ الصَّغِيرَةَ إِلَّا أَنْ يَأْمُرَهُ الْأَبُ بِإِنْكَاحِهَا) عبد الوهاب : هذا إذا عين الأب الزوج ، مثل أن يقول : زوجها من فلان وقال غيره : يجوز أن

على الولد لم يسقط عنه ، فإن لم يكونوا وقت الجبر معدمين بل كانوا أغنياء ولو ببعضه ، فإن ما أيسروا به من كل أو بعض عليهم دون الأب ، وسواء شرط عليهم ، أو سكت عنه إلا أن يشترط على الأب فيكون عليه ، فلو أعدم الأب كما أعدموا اتبع الأب .

وأما لو كان رشيدا وتطارحوا ، كما لو زوج الأب ولده الرشيد ، وباشر العقد بإذنه بصداق ، ولم يبين الصداق على أيهما ، فقال الرشيد : إنما أردت أن الصداق على الأب ، أو اشترطته عليه ، وقال الأب : إنما أردت أن يكون على الابن ، أو اشترطته عليه ، فإن النكاح يفسخ ، ولا شيء على واحد منهما إن لم يبن بالزوجة ، والراجح أنه يفسخ مطلقا حلفا أو لا ، أو حلف أحدهما ، وأما لو دخل فيحلف الأب ويبرأ .

ثم إن كان المسمى أقل من صداق مثلها أو مثله ، غرم الزوج صداق المثل بلا يمين ، وإن كان أكثر من صداق المثل حلف ، وغرم صداق المثل .

ولو كان المزوج للصغير وغيره ممن تقدم الوصي ، أو الحاكم ، فصداقهم فى مالهم ، أو على من تحمل عنهم ، ولو شرط على الحاكم والوصي لَعُمل به ؛ وظاهره ولو كانا حال الشرط معدمين .

قوله : (سواء كان وليها) أى : سواء كان الذى يوكله وليها أو غيره .

قوله : (على المشهور) مرتبط بقوله فإنها لا تعقد أى : لا تعقد على المشهور ، فحاصله : عدم عقدها ، ظاهر المدونة وهو المشهور . وليس مرتبطا بالتعميم الذى هو قوله : سواء كان الخ ، وإن فهمه بعض الأشياخ لأن عبارتهم تدل على ما قررنا ، لا على ما فهم .

فقوله : (وعن ابن حبيب) الخ ، مقابل للمشهور الذى هو ظاهر المدونة ، وبعد أن علمت ما قررنا ، فالمناسب أن يحذف قوله : على المشهور ، لأن المشهور هو ما نقل عن ابن حبيب .

يزوجها إذا قال له : زوجها ممن شئت . وقد قدمنا أنه على تفسير عبد الوهاب : لا يزوج الوصى الصغيرة إلا باجتماع الشرطين وهما : أن يأمره الأب التزويج ، ويعين له الزوج . وأن أحدهما كاف على ما فى [1] المختصر .

(وَلَيْسَ ذَوو الْأَرْحَامِ مِنَ الْأَوْلِيَاءِ) فى النِّكاح ، وهم : من كان من جهة الأم ، سواء كان وارثا كالأخ للأم ، أو غير وارث كالخال (وَالْأَوْلِيَاءُ مِنَ الْعَصَبَةِ) جمع عاصب وهو : كل ذكر يدلى بنفسه ، أو بذكر مثله ، والأقوى تعصيبا يقدم . ع : ظاهر كلامه أن الولى لا يكون إلا من العصبة ، وقد قال قبل هذا : أو ذى الرأى من أهلها ، أو السلطان ، والمقصود أن ما هنا يرد إلى ما تقدم ، لأنه هنا إنما فرق بين ذوى الأرحام وغيرهم . قال د : ويخرج من كلامه الكافل ، والمشهور أنه ولى ، وهل مطلقا أو فى الدنية فقط ؟ وهو ظاهر المدونة ،

قوله : (وقال غيره الخ) تقدم أن هذا من الصيغ الخمس التى هى محل الخلاف ، وأن الراجح فيها الجبر .

قوله : (وأن أحدهما كاف على مافى المختصر) فيه شيء ، لأن الذى فى المختصر أمره الأب بالإجبار ، وفرق بينه وبين الأمر بالتزويج .

قوله : (كل ذكر يدلى بنفسه) كالابن .

وقوله : (أو بذكر مثله) كابن الابن .

وقوله : (والأقوى تعصيبا يقدم) فيقدم الأخ الشقيق – مثلا – على الأخ للأب .

قوله : (وقد قال قبل هذا) أى : ما يناقضه .

قوله : (والمقصود أن ما هنا يرد إلى ما تقدم) بأن تقول : الولى لا يكون من العصبة ، أى : من ذوى الأرحام ، فلا ينافى أنه قد يكون غير عاصب بأن يكون كافلا ، أو حاكما .

قوله : (قال د ويخرج الخ) يجعل الحصر إضافيا كما قررنا ، لا خروج .

---

(١) ساقطة والتصحيح من الحاشية .

ومختصر الشيخ خليل . واختلف فى قدر الكفالة التى يستحق بها الكافل تزويج المكفولة ، فقيل : عشر سنين ؛ وقيل : أقله أربعة أعوام ، وقيل غير ذلك (وَلَا يَخْطُبُ أَحَدٌ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ) (١) بكسر الخاء : طلب التزويج (وَلَا يَسُومُ عَلَى سَوْمِهِ) (١) لك : روايتنا فى هذا الموضع بضم الفعلين ، وكأنه أمر بلفظ الخبر . (وَذَلِكَ) النهى عن الخطبة على الخطبة ، والسوم على السوم ، حرام بشرط (إِذَا رَكَنَا) بفتح الكاف وكسرها (وَتَقَارَبَا) أىِ : الزوجان أو المتبايعان ، والتراكن فى

قوله : (ومختصر الشيخ خليل) فيه نظر ، لأن المختصر قال : فكافل ، وهل إن كفل عشرا ، أو أربعا ، أو ما يشفق ، تردد ؟ وظاهرها شرط الدناءة أى : فقد حكى القولين ، بل ظاهره العموم من حيث تقديمه على ظاهر المدونة ، وقد ضعف مذهبها اللقانى ، واعتمده غيره .

قوله : (فى قدر الكفالة) أى : من حيث الأقلية ، فانطبق على ما يذكره بعد .

قوله : (وقيل غير ذلك) أى : فقيل العبرة بمدة يُعد فيها مشفقا .

قوله : (بكسر الخاء) أى : وأما بالضم فهو : كلام مسجع فيه حمدا لله ، والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم ، ونحو ذلك ، قاله فى التحقيق .

قوله : (روايتنا فى هذا الموضع) أى : وأما غير هدا الموضع الذى هو قوله فى باب البيوع : (وَلَا يَسُومُ أَحَدٌ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ) فيحتمل أنه كذلك ، ويحتمل خلافه ، والواقع فيما سيأتى للشارح الرفع ، والله أعلم . وقال الأقفهسى : الفعلان مجزومان على النهى ، هكذا الرواية نقلا للحديث بلفظه .

قوله : (وكأنه أمر) كأن للتحقيق ، وقوله : أمر الصواب نهى .

قوله : (حرام) أى : النهى حرام ، فيه تسامح لأن الذى يوصف بكونه حراما الفعل المنهى عنه ، لا نفس النهى .

قوله : (بشرط إذا ركنا الخ) إضافة شرط إلى ما بعده للبيان .

قوله : (أى الزوجان الخ) تفسير للضمير فى ركنا وتقاربا .

---

(١) الموطأ : ٥٢٣/٢ . صحيح البخارى بشرح فتح البارى : ١٨٩/٩ .

النكاح : أن تميل إليه ويميل إليها . والتقارب اشتراط الشروط ، وفى البيع : أن يشترط عليه الوزن ، ويتبرأ له الآخر من العيوب .

قوله : (أن تميل إليه الخ) هذا فى غير المجبرة ، لأنها هى المعتبر ميلانها ، وأما المجبرة فيعتبر ميلان مجبرها .

والحاصل : أن ركون المجبر كاف ولو بسكوته ولو ظهر ردها ، وكذا ركون غيره ما لم يظهر ردها ، وكذا ركون أمها ما لم يظهر ردها ، ولا يعتبر رد أمها ، أو غير مجبرها ، مع ركونها وهذا إذا استمر الركون ، فلو رجعت ، أو وليها عن الركون قبل خطبة الغير ، لم تحرم خطبتها ، ولا يحرم على المرأة ، ولا على وليها الرجوع .

نعم هو مكروه لأنه من إخلاف الوعد ، وفسخ عقد الثانى قبل الدخول وجوبا بطلاق من غير مهر ، ولو رضى الأول بتركها للثانى . والمراد بالدخول إرخاء الستور ، ولو أنكر المسيس ، ومحل الفسخ حيث استمر الركون ، أو كان الرجوع لأجل خطبة ذلك الثانى ، وإلا فلا فسخ . فإن تزوجت الثانى ، وادعت هى أو مجبرها أنها كانت رجعت عن الركون للأول قبل خطبة الثانى ، وادعى الأول أن الرجوع بسبب خطبة الثانى ، ولا قرينة لأحدهما . فالظاهر أنه يعمل بقول مجبرها وقولها ، لأن هذا لا يعلم إلا من جهتها ، وهو موجب للصحة بخلاف دعوى الأول .

قوله : (والتقارب اشتراط الشروط) أى : التقارب فى النكاح اشتراط الشروط ، زاد فى التحقيق : بعد ذلك بحيث لم يبق بينهما إلا الإيجاب والقبول اهـ أى : ولو كان الشرط مؤكدا ، كأن لا يضر بها فى عشرة .

وقوله : (وفى البيع) معطوف على محذوف ، وهو : ما قدرناه أولا بقولنا فى النكاح ، وسكت عن التراكن فى البيع ، ويمكن أن يكون فى عبارته حذف تقديره : والتراكن فى البيع كذلك ، أى : أن يميل كل منهما لصاحبه .

قوله : (أن يشترط عليه الوزن) أى : يشترط البائع على المشترى وزن الدنانير — مثلا — ويتبرأ له الآخر ، أى : المشترى من العيوب ، بأن يقول : إذا وجدت عيبا رددته ، وهذا الشرط مؤكد ، ولا يستلزم تسمية الثمن ، لأن هذا الذى قاله ممكن ، وإن لم يسم قدر الثمن .

تنبيه : ظاهر كلام الشيخ : أن الركون كاف وإن لم يقدر صداقا ، وهو كذلك على ما فى المختصر ، وظاهره أيضا : أنه لا يخطب على خطبة الفاسق ، والمذهب لا حرمة للفاسق ، فيجوز للصالح أن يخطب على خطبته ، وإذا جاز على الفاسق فالكافر أولى ، ولأن النهى لا يتناوله : لقوله فى الحديث : أخيه ، ولهذا قال الخطابى : يؤخذ من هذا أنه يخطب على خطبة الذمى . قال **ق** : وقال **ع** : ذكر الأخ ليس بشرط ، وإنما خرج الحديث مخرج الغالب ، ولا يجوز عند الإمام مالك الخطبة على خطبة الذمى . **قلت** : وصرح الجزولى بمشهوريته ، وهنا تنبيهات مذكورة فى الأصل .

قوله : (ظاهر الخ) غفلة عن قول المصنف : وتقاربا ، المفسر باشتراط الشروط المقتضى لتسمية الصداق ، وقد يقال : لا يلزم من اشتراط الشروط تسمية الصداق ، لقوله فى التحقيق معللا للمشهور : بأن النكاح ينعقد ويتم بدون تسمية صداق اهـ .

قوله : (وهو كذلك على ما فى المختصر) وقيل ذلك جائز ما لم يسم الصداق ، أى : لاحتمال عدم الموافقة عند تقديره .

قوله : (لا حرمة للفاسق) المراد به المسلم الفاسق بجارحة ، وأما الفاسق بالاعتقاد كالقدرية ، فلا يتزوج منهم ولا يزوجوا ، نص على ذلك مالك فى كتاب ابن المواز .

قوله : (فيجوز للصالح الخ) اعلم : أن الخاطب الأول إما صالح ، أو مجهول حال ، أو فاسق ، والثانى كذلك ، فيحرم فى سبع ، ويجوز فى اثنين وهما : ما إذا كان الأول فاسقا ، والثانى صالحا ، أو مجهول حال .

قوله : (لا يتناوله) أى : لا يتناول النهى عن الخطبة على خطبته .

قوله : (لا يجوز الخ) فإن قلت : الذمى أسوأ حالا من الفاسق عند الله ، فالجواب : أن الفاسق على حالة لا يقر عليها شرعا ، بخلاف الذمى فإنه على حال يقر عليه .

قوله : (وصرح الجزولى بمشهوريته) أى : وهو المعتمد .

قوله : (وهنا تنبيهات الخ) **الأول** : ركون وليها ، أو من يقوم عليها من أم ، أو غيرها ، كركونها إن لم يظهر منها الرد عند وصول الخبر إليها .

ثم شرع يبين الأنكحة الفاسدة فقال : (وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الشِّغَارِ) – بكسر الشين وبالغين المعجمتين – وهو ثلاثة أقسام : **صريح الشغار** ، **ووجه الشغار** ، **ومركب منهما** – واقتصر الشيخ على الأول – فقال : (وَهُوَ الْبُضْعُ بِالْبُضْعِ) أى : الفرج بالفرج ، والأصل فيه ما فى الموطأ ، والصحيحين : « أَنَّ رَسُولَ آللهِ ﷺ نَهَى عَنِ الشِّغَارِ ، وَالشِّغَارُ أَنْ يُزَوِّجَ ٱلرَّجُلُ ٱبْنَتَهُ لِرَجُلٍ عَلَى أَنْ يُزَوِّجَهُ ٱلآخَرُ ٱبْنَتَهُ وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا صَدَاقٌ » [1] والصحيح أن التفسير من كلام نافع – راوى الحديث – وقال أبو الطاهر الأكثر على أنه منه ﷺ .

والثانى : أن يسمى لكل واحدة صداقا ، مثل أن يقول : زوجنى ابنتك بخمسين على أن أزوجك ابنتى بخمسين .

والثالث : أن يسمى لواحدة دون أخرى ، مثل أن يقول : زوجنى ابنتك بخمسين على أن أزوجك ابنتى بغير شيء .

الثانى : إذا خطب على خطبة غير الفاسق بعد الركون ، فإن العقد يفسخ إن لم يدخل بها لسهولة الفسخ حينئذ ، والفسخ بطلاق سواء قام الخاطب الأول أو تركه . وإن دخل بها استمر النكاح ، لأن فى فسخه بعد الدخول مفاسد ، ووجب عليه أن يستغفر الله تعالى ، ويتحلل صاحبه مما فعل . وإذا استمر النكاح فإنه يعزر ، وينبغى التعزير على ذلك ، ولو حصل الفسخ لإقدامه على الأمر المحرم . وفى الجلاب : فإن خطب على خطبته ، وعقد على ذلك فسخ قبل الدخول وبعده ، ولها بعد الدخول المهر ، وعليها العدة . وإن فسخ قبل الدخول فلا مهر لها ، ولا عدة عليها .

الثالث : قال فى الجلاب : لا بأس أن يخطب المرأة جماعة مجتمعون ومفترقون ما لم توافق واحدا وتسكن إليه ، فيحرم على غير الأول أن يخطبها حتى يعدل الأول عنها اهـ المراد منه .

قوله : (نكاح الشغار) وهل هو مشتق من الرفع ؟ تقول : شَغَر الكلب إذا رفع رجله للبول ، وإنما يفعل ذلك عند بلوغه ، وهو موجود فى المرأة عند الجماع ، أو من الخلو ؟ وهو

---

(١) الموطأ : ٥٣٥/٢ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي .

وحكم الأول : أنه يفسخ بطلاق على المشهور قبل الدخول وبعده ، وإن ولدت الأولاد ، وللمدخول بها صداق المثل ولا شيء لغير المدخول بها .

وحكم الثانى : أنه يفسخ قبل البناء لا بعده على المشهور ، ولكل واحدة منهما الأكثر من مهر المثل ، والمسمى على المشهور .

وحكم الثالث : أنهما يفسخان قبل البناء ، ويثبت نكاح المسمى لها بعد البناء ، واختلف هل لها صداق المثل أو الأكثر ؟ تأويلان على المدونة ، ويفسخ نكاح التى لم يسم لها ، وليس لها إلا صداق المثل .

(وَلَا) يجوز (نِكَاحٌ بِغَيْرِ صَدَاقٍ) إذا شرطا إسقاطه ، فإن وقع

رفع الصداق بينهما ، شغرت البلد خلت من الناس . ولذا استعمل فى النكاح بدون مهر ، كما فى **تت** .

قوله : (يفسخ [1] بطلاق على المشهور) وقال سحنون : أكثر الرواة أن كل نكاح مغلوب على فسخه فالفسخ [1] فيه بغير طلاق .

قوله : (لا بعده) وقيل بالفسخ [1] بعده .

قوله : (ولكل واحدة منهما الأكثر من مهر المثل) وقيل لكل منهما صداق المثل .

قوله : (واختلف هل لها صداق الخ) والراجح من الخلاف : أن لها الأكثر من المسمى ، وصداق المثل . واعلم أنه لا فرق بين أن تكون مجبرة كالبكر والأمة ، أو غير مجبرة كالأخت ، وكما يجرى بين الأحرار ، يجرى بين العبيد : كزوِّج أمتك من عبدى على أن أزوج أمتى من عبدك ، ومحل فساد نكاح الشغار إذا توقف نكاح أحدهما على نكاح الآخر . وأما إن لم يتوقف ، وسمَّيا لكل واحدة ، أو دخلا على التفويض ، فلا فساد .

وحكمة تسمية الوسط وجها لأنه شغار من وجه دون وجه ، فحيث إنه سمى لكل منهما صداقا ليس بشغار ، لعدم خلو العقد عن الصداق ومن حيث إنه شرط تزوج إحداهما بالأخرى فهو شغار ، وتسمية الأول واضحة ، والأخير كذلك .

قوله : (إذا شرطا إسقاطه) وفى معنى إسقاطه : إرسالها له مالا على أن يدفعه لها

---

(١) فى المطبوعة يفسق – بالقاف فى كلها – وهو خطأ بين والصحيح ما أثبت (المحقق) .

فالمشهور أنه يفسخ قبل الدخول ، وليس لها شيء ، وفى فسخه بطلاق قولان . ويثبت بعده بصداق المثل ، ويلحق به الولد ، ويسقط الحد لوجود الخلاف .

(وَ) كذلك (لَا) يجوز (نِكَاحُ الْمُتْعَةِ) إجماعا (وَهُوَ النِّكَاحُ إِلَى أَجَلٍ) خاصة بغير ولى ، وبغير شهود ، وبغير صداق ، قاله ابن عبد البر . وقال ابن رشد : هو النكاح بصداق ، وشهود وولى ، وإنما فسد من ضرب الأجل ، ويفسخ

صداقا ، فيفسخ قبل البناء ، ويثبت بعده بصداق المثل ، قاله : تت . وأفهم قوله : شرطا إسقاطه ، أنهما لو سكتا عند العقد ، أو دخلا على التفويض باللفظ ، أو على تحكيم الغير فى بيان قدره ، فلا فساد وهو كذلك .

قوله : (فإن وقع فالمشهور أنه يفسخ) أى : بناء على أن فساده من جهة صداقه ، فيفسخ قبل البناء ، ويثبت بعده بصداق المثل على المشهور ، كما قال . ومقابله قولان : **الأول** : يفسخ قبلُ وبعدُ بناء على أن فساده من جهة عقده . **الثانى** لابن شعبان : أن هذه الصورة كنكاح التفويض ، وعليه فلا يفسخ قبل البناء ولا بعده ، ويكون لها صداق المثل .

وقوله : (فى فسخه بطلاق قولان) والراجح منهما – كما قرر – أنه بطلاق ، لأنه مختلف فيه .

وقوله : (لوجود الخلاف) أى : لأن ابن شعبان – كما قلنا – لا يفسخه مطلقا لا قبل ولا بعد فتدبر .

قوله : (وهو النكاح إلى أجل) ظاهر المصنف – كخليل ، والمدونة ، وغيرها – قرب الأجل أو بعده بحيث لا يدركه عمر أحدهما .

قوله : (أجل) تصريحا وما أشبهه ، كأن أعلم الزوج الزوجة عند العقد بأنه يفارقها بعد سفره ، وأما إن لم يعلمها وإنما قصد ذلك فى نفسه فلا يفسد ، وإن فهمت منه ذلك .

قوله : (وبغير صداق) كذا نقل الفاكهانى ؛ وأما الأقفهسى فقد ذكر : أن نكاح المتعة عند ابن عبد البر ما كان بغير ولى ، ولا شهود ، وإنما فيه تسمية الصداق فقط .

قوله : (وقال ابن رشد الخ) هذا القول هو الراجح .

قوله : (ويفسخ أبدا بغير طلاق) هذا يفيد أنه من المتفق على فساده . وعليه فمن نكح امرأة نكاح متعة ، ولم يتلذذ بها ، جاز لأبيه ، أو ابنه نكاحها .

أبدا بغير طلاق ويعاقب فيه الزوجان ولا يبلغ بهما الحد ، والولد لاحق ، وعليها العدة كاملة ؛ ولا صداق لها إن كان الفسخ قبل الدخول ، وإن كان بعد الدخول وسمى لها صداقا فلها ما سمى ، لأن فساده فى عقده ، وإن لم يسم فلها صداق المثل .

(وَ) كذا (لَا) يجوز (النِّكَاحُ) بمعنى العقد على المرأة حال كونها (فِي الْعِدَّةِ) سواء كانت عدة وفاة ، أو طلاق ، كان الطلاق بائنا أو رجعيا ، لقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٥] وقوله عليه الصلاة والسلام للفريعة : « امْكُثِي فِي بَيْتِكِ حَتَّى يَبْلُغَ ٱلْكِتَابُ أَجَلَهُ » [(١)] — والإجماع على ذلك —

قوله : (ولا يبلغ بهما الحد) ولو عالمين بحرمة النكاح . وعدم الحد فى نكاح المتعة مبنى على تفسيره : بأنه النكاح لأجل مع وجود الولى ، والشهود ، وتسمية الصداق . وهو تفسير ابن رشد ، وفساده إنما هو من ضرب الأجل خاصة . وأما على التفسير الأول فالحد فيه ثابت .

قوله : (وإن كان بعد الدخول وسمى الخ) الراجح أن لها صداق المثل ، سمى لها أو لم يسم ، كما فى عج .

قوله : (كان الطلاق بائنا أو رجعيا) فيه نظر ، والمعتمد كما هو مذهب ابن القاسم فى المدونة ، أن المعتدة من رجعى لا يتأبد تحريمها على العاقد عليها فى العدة ، وصححه فى الشامل ، ولزوجها الأول رجعتها قبل فسخ نكاح الثانى وبعده ، فتدبر . ويجاب : بأن كلامه فى عدم الجواز ، وأما التأبيد وعدمه فشىء آخر . وانظر : لو علم أنها رجعية ووطئها ، هل يحد لأنه زان حينئذ لكونها زوجة الغير أم لا ؟ وللشيوخ فى باب الزنى ما يدل على أنه يحد ، وهو ظاهر لما تقرر من أنها زوجة الغير اهـ .

قوله : (حتى يبلغ الكتاب أجله) أى : المكتوب من العدة غايته ، وسميت كتابا : لأنها فرض من الله .

قوله : (للفريعة) قال النووى فى تهذيب الأسماء واللغات فى حرف الفاء : الفُرَيعة —

---

(١) الموطأ : ٥٩١/٢ — الرسالة للشافعى ص ٤٣٨ بتحقيق أحمد شاكر .

النسائى : ١١٣/٢ طبعة الميمنية ١٣١٢ — سنن أبى داود : ٣٨٩/٢ بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد طبع ١٩٥٠ . سنن ابن ماجه : ٦٥٤/١ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى طبع الحلبى ١٩٥٣ .

فإذا ثبت هذا ، فمن عقد على معتدة فسخ بغير طلاق ، لأنه مجمع على فساده ، فإن دخل بها عوقبا ، والشهود إن علموا . ولها المسمى ، ويلحق الولد ، ولا يتوارثان قبل الفسخ لفساد العقد ، ويتأبد تحريمها سواء وطئت فى العدة أو بعدها ، ومقدمات

بضم الفاء ، وفتح الراء ، وبالعين المهملة – ويقال لها أيضا : الفارعة ، أنصارية أخت أبى سعيد الخدرى ، حين قتل زوجها [(١)] .

قوله : (فيمن عقد على معتدة) أى : من غيره ، للاحتراز عما لو تزوج بها صاحب العدة ، فإنه يجوز إذا كانت العدة من طلاق بائن دون الثلاث ، وأما لو كانت بائنة بالثلاث ، فإنها لا تحل إلا بعد زوج ، فإن تزوجها قبله حد مع فسخ نكاحه ، ولكن لا يتأبد تحريمها عليه ، كالمنكوحة فى عدة الطلاق الرجعى من غيره .

قوله : (فسخ بغير طلاق) ولو عدة الطلاق الرجعى ، ويلحق به الولد ، ولا حد على الزوجين ، وكذا الفسخ الواقع فى الاستبراء بغير طلاق للإجماع على فسخه ، ويجب لها المسمى بالدخول .

قوله : (قبل الفسخ) أى : إذا حصل موت قبل الفسخ .

قوله : (ويتأبد تحريمها) أى : بشرط كونها معتدة من وفاة ، أو طلاق بائن ، وكما تحرم عليه تحرم على أصوله وفروعه .

تنبيه : مثل المعتدة فى حرمة خطبتها ونكاحها المحبوسة للاستبراء من زنى أو غصب ، أو غلط ، ولو من مريد النكاح ، إلا تأبيد التحريم فمشروط بكون الاستبراء من غيره .

تتمة : المرأة المحبوسة إما من نكاح [(٢)] ، أو ملك ، أو شبهة نكاح [(٣)] أو زنى ، أو غصب ، فهذه ستة تضرب فى مثلها بست وثلاثين صورة ، فيتأبد التحريم فى ستة عشر ، وهى : ما إذا طرأ نكاح ، أو شبهته على واحد من الستة ، فهذه اثنا عشر . وأما لو طرأ وطء مستند – لملك ، أو شبهته على نكاح ، أو شبهة نكاح ، فهذه أربعة تضم للاثنى عشر –

---

(١) أى : أن كلام رسول الله ﷺ إليها كان حين قتل زوجها (المحقق) .

(٢) أي فى عدة نكاح صحيح (المحقق) .

(٣) المعدود خمسة فقط . والراجح أن عبارة : أو شبهة ملك ، قد سقطت ، وانظر حاشية الصاوى على المختصر عند قوله : وتأبد تحريمها بوطء نكاح ٩٤/٣ (المحقق) .

الوطء كالقبلة والمباشرة فى العدة كالوطء فيها ؛ وتخالفه إذا وقعت بعد العدة ، فلا تحرم بها كما إذا لم يدخل بها ، فإنه لا يتأبد تحريمها ، ويجوز له أن يتزوجها بعد العدة إن شاء .

(و) كذا (لَا) يجوز النكاح على (مَا جَرَّ إِلَى غَرَرٍ فِي عَقْدٍ) كالنكاح على الخيار (أَوْ) جر إلى غرر فى (صَدَاقٍ) كالنكاح على عبد آبق ، أو بعير شارد

وأما إذا طرأ زنى ، أو غصب على الستة فلا تأبيد ، فهذه اثنا عشر . أو ملك ، أو شبهة ملك على ملك ، أو شبهة ملك ، أو زنى أو غصب ، فكذلك . فهذه ثمانية تضاف للاثنى عشر ، فالجملة عشرون ، فإذا أضيفت إلى الستة عشر تجدها ستة وثلاثين ، وإذا نظرت لصور المقدمات [1] تزيد .

قوله : (كما إذا لم يدخل بها) أصلا أى : ولا حصل منه مقدمات لا قبل ولا بعد ، وإنما حصل مجرد عقد وفسخ ، فلا تأبيد . ويجرى هنا ستة صور وهي : عقد طرأ على نكاح ، أو شبهته ، أو ملك ، أو شبهته ، أو زنى ، أو غصب .

قوله : (إلى غرر فى عقد) لأنه لا يدرى : هل من له الخيار يمضى العقد أو لا ؟ .

قوله : (كالنكاح على الخيار) أى : خيار التروى للزوج ، أو الزوجة ، أو لهما ، أو لغيرهما مؤجلا يوما ، أو أكثر ، أو مطلقا – ويفسخ قبل الدخول وجوبا ويثبت بعده بالمسمى إذا سمى شيئا وكان حلالا وإلا فصداق المثل ؛ إلا خيار المجلس فإنه لا يضر على المعتمد – قال الشيخ : ولى فيه بحث مع قوله فى باب الخيار : أن اشتراط خيار المجلس فى حال عقد البيع يفسده ، مع أنه يشدد فى عقد النكاح ما يغتفر فى مثله فى البيع ، تأمله . وأدخلت الكاف فى قول الشارح كالنكاح على الخيار : النكاح على اشتراط إن لم يأت بالصداق إلى أجل كذا فلا نكاح بيننا ، بل الكاف مدخلة نكاح المتعة كنكاح الشغار على قول ، أفاده فى التحقيق .

تنبيه : إذا مات أحد الزوجين فى نكاح الخيار قبل الفسخ ، لا إرث فيه لأنه من المتفق على فساده .

قوله : (كالنكاح على عبد آبق) وأدخلت الكاف النكاح على جنين ، أو يتزوج

---

(١) أى مقدمات الوطء كالقبلة وغيرها (المحقق) .

(وَ) كذا (لَا) يجوز النكاح (بِمَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهُ) كالخمر ، والخنزير . فإن وقع شيء من ذلك فسخ قبل البناء ولا شيء لها ويثبت بعده بصداق المثل .

ولما فرغ من ذكر بعض ما لا يجوز من الأنكحة شرع يبين حكم الأنكحة الفاسدة إذا وقعت فقال : (وَمَا فَسَدَ مِنَ النِّكَاحِ لِصَدَاقِهِ) كالنكاح بما لا يجوز تملكه شرعا كالخمر ، أو يجوز لكنه لا يصح بيعه كالآبق ، (فُسِخَ قَبْلَ الْبِنَاءِ) بطلاق ، ظاهره : وجوبا ، وهو كذلك عند جميع المغاربة ، واستحبابا عند العراقيين ، ولا صداق فيه ، وإن قبضته ردته ، واستثنوا من ذلك نكاح الدرهمين ، فإن لها فيه نصفهما (فَإِنْ) لم يعثر عليه إلا بعد أن (دَخَلَ بِهَا مَضَى) أي : ثبت (وَكَانَ فِيهِ صَدَاقُ الْمِثْلِ) أي : مثلها فى الحال ، والمال ، والجمال ، ولا ينظر إلى أختها

امرأتين ويجعل لهما صداقاً واحدا ، إذ لا يدرى ما ينوب كل واحدة منهما ، وثمرة لم يبد صلاحها على التبقية ، فإن كان على القطع جاز . أفاده فى التحقيق .

قوله : (ولا بما لا يجوز بيعه) أى : فى حالة من الحالات ، فهو عطف مغاير ، لأن ذات الآبق تباع لو كان غير آبق ، وكذا لا يجوز بما لا يجوز بيعه وإن حل تملكه : كجلد الأضحية ، وكلب الصيد ، أو تضمن إثباته رفعه : كدفع العبد فى صداق زوجته ، فإنه يفسخ ، وتملكه بعد البناء .

قوله : (فإن وقع شيء من ذلك) أى : من الذى جر إلى غرر فى الصداق ، وبما لا يجوز بيعه .

قوله : (واستحبابا الخ) ضعيف ، والمعتمد الأول .

قوله : (نكاح الدرهمين) لا مفهوم للدرهمين ، بل حيث كان ناقصا عن ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم . وقال بعض شراح خليل : إن نكاح الدرهمين لقب عندهم لكل ما نقص الصداق فيه عن ثلاثة دراهم أو ربع دينار ، ومثل ذلك : دعوى الزوج الرضاع المحرم ، وأنكرته الزوجة فيفسخ ، وعليه نصف الصداق ، وكذا إن حصلت فرقة بين متلاعنين قبل البناء ، فعلى الزوج نصف الصداق .

قوله : (فى الحال) أراد بالحال : الدين ، والحسب ، والنسب ، أى : محافظة على أصول دين الإسلام من صلاة ونحوها ، هذا معنى الدين .

وقرابتها ، إذ يزوج الفقير لقرابته ، والبعيد لغناه ، وإنما ينظر لمثلها من مثله (وَمَا فَسَدَ مِنَ النِّكَاحِ لـ) أجل خلل فى (عَقْدِهِ) كالنكاح بغير ولى ، فسخ قبل البناء وبعده (وَ) إذا فسخ قبل البناء لا صداق فيه ، وإذا (فُسِخَ بَعْدَ الْبِنَاءِ فَفِيهِ الْمُسَمَّى)

والحسب هو : ما يعد من مفاخر الآباء ، كالكرم ، والمروءة ، وكذا يعتبر الزمن ، والبلد .

وهذه الأوصاف إنما تعتبر إذا كان يرغب فى وجودها ، وإلا فلا تعتبر ، كما إذا كانت ذات المال والفقيرة سواء ، لكن هذا ظاهر إذا وقع العقد فى بلدها ، فلو كان منشؤها بلدا غير البلد الذى وقع به العقد ، وهما مختلفان كاثريفية تحل بمصر ، قال البرمولى : لا أحفظ فى ذلك نصا .

وهذه الأوصاف إذا اعتبرت تعتبر يوم العقد بالنسبة للنكاح الصحيح ، ويوم الوطء بالنسبة للفاسد ، لأنه يوم الفوات ، لا فرق بين متفق على فساده ، أو مختلف فيه ، وكذا فيما خلا عن عقد كوطء الشبهة ، فإنه يعتبر يوم الوطء ، فإن لم تعلم هذه المذكورات . فباعتبار أختها الموافقة لها فيها إذا كانت شقيقة ، أو لأب لا أمها ، ولا أختها لأمها ، لأنهن من قوم آخرين ، فقد تكون قرشية وأمها من الموالى .

قوله : (إذ يزوج الفقير لقرابته) أى : إذ قد تزوج أختها للفقير ، فيجعل عليه من الصداق ما هو أقل من صداق مثلها لكونها قريبة له .

وقوله : (والبعيد) أى : إذ قد تزوج أختها للبعيد ، فيجعل عليه من الصداق ما هو أزيد من صداق المثل لغناه .

قوله : (من مثله) أى : مع مثله .

قوله : (كالنكاح بغير ولى) أو كان الولى صبيا أو أنثى ، أو رقيقا ، أو وقع العقد فى العدة أو الإحرام ، أو كان صريح شغار ، أو وقع لأجل ، فإنه يفسخ ولو بعد الدخول ، لكن المتفق على فساده بغير طلاق ، والمختلف فيه بطلاق ، فإن فسخ قبل البناء لا شيء فيه .

قوله : (ففيه المسمى) أي : إذا كان الزوج ممن يعتبر دخوله وبناؤه ، لا إن كان صبيا فوطؤه كالعدم ، لا يلزم به صداق . والتى لم يدخل بها وإن كانت لا تستحق

إن سمى ما يجوز ، وأما إن سمى ما لا يجوز ، أو لم يسم شيئا ، ففيه صداق المثل (وَتَقَعُ بِهِ) أيِ : بالنكاح الفاسد الذى يفسخ بعد البناء ، وكان متفقا على فساده (الْحُرْمَةُ كَما تَقَعُ بِالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ) ق : معنى وقوع الحرمة به : أن المرأة التى بنى بها بالنكاح الفاسد تحرم عليه أمها ، وابنتها ، وتحرم هى على آبائه وأبنائه ، كتحريم النكاح الصحيح ، لا أنها تحرم عليه ، وأما لو فسخ النكاح الفاسد المتفق على فساده قبل البناء ، لم تقع به حرمة إلا أن يفعل شيئا من مقدمات الوطء كالقبلة والمباشرة ؛ وإنما قيدنا بالمتفق على فساده ، لأن المختلف فى فساده تقع الحرمة بعقده على مافى المختصر .

ولما شبه النكاح الفاسد بالصحيح فى الحرمة ، وخشي توهم مساواته له فى

الصداق ، إلا أنها تعاض المتلذذ بها أى تعطى شيئا وجوبا بحسب ما يراه الإمام ، أو نائبه ، أو جماعة المسلمين ، بقدر حاله ، وحالها . وظاهره : ولو فى النكاح المتفق على فساده ، كذا قال بعض شراح خليل . فظهر أنها لا تستحق الصداق إلا إذا وطىء الزوج البالغ ، وتصادقا عليه ، فإن تصادقا على نفيه فلا صداق لها ، وعند التنازع ، فالقول قول الزوجة فى خلوة الاهتداء .

تنبيه : إذا كان النكاح مختلفا فى فساده ، فلابد فى فسخه من حكم حاكم ، فإن عقد على من نكحت فاسدا مختلفا فى فساده قبل الحكم بفسخه ، فلا يصح العقد ، وأما المتفق على فساده ، فلا يتوقف فسخه على حكم ، فيفسخ بغير طلاق ولو لفظ فيه بالطلاق .

قوله : (الحرمة) بضم الحاء وكسرها كما فى المصباح .

قوله : (لأن المختلف فى فساده تقع الحرمة بعقده على ما فى المختصر) أى : فيكون المصنف موافقا لما فى المختصر ، أى ويحتمل أن يكون مخالفا له ، أى : بأن يرجع الضمير للفاسد من حيث هو ، أى : فيكون المختلف فى فساده كالمتفق على فساده فى أن التحريم إنما يكون بالوطء ، هذا ملخص ما فى التحقيق .

كل الوجوه ، رفع ذلك التوهم بأداة الإستدراك فقال : (وَلَكِنْ لَا تَحِلُّ بِهِ) أي : بالنكاح الفاسد بعد البناء (الْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثاً وَلَا يُحَصَّنُ بِهِ الزَّوْجَيْنِ) لأن من شروط الإحلال والإحصان : صحة العقد ، وما قاله هنا مفسِّر لما قاله أول الكتاب : أن مغيب الحشفة يحصن الزوجين ، ويحل المطلقة ثلاثا للذى طلقها .

(وَحَرَّمَ ٱللَّهُ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى) على الرجال (مِنَ النِّسَاءِ سَبْعًا بِالْقَرَابَةِ وَسَبْعًا بِالرَّضَاعِ وَالصِّهْرِ ، فَقَال عَزَّ وَجَلَّ : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾

[النساء : ٢٣]

مثال المختلف فى فساده : نكاح المُحرِم ، والشغار ، فيحرم عليه بالعقد أمهاتها ، وتحرم على آبائه ، وأبنائه ، ويحرم عليه بوطء الأم بناتها . وأما المجمع على فساده ، فلا ينشر الحرمة إلا وطؤه ، بشرط أن يدرأ الحد ، كما لو نكح معتدة غير عالم .

قوله : (بعد البناء) أى : المتفق على فساده ، ولو تكرر وطؤه . وأما المختلف فى فساده ، وطلقت بعد الوطء ، فإن تكرر وطؤه بحيث ثبت النكاح حلت ، وأما لو طلقت بعد أول وطأة ، ففى حلها تردد مبنى على أن النزع هل هو وطء أو لا ؟ وإنما حصل التحريم بالوطء دون التحليل احتياطا من الجانبين .

قوله : (ثلاثا) أو اثنتين إن كان عبدا .

قوله : (ولا يحصن به الزوجين) كذا فيما بيدى من نسخ هدا الشارح – وهو غير صواب – ونسخة التحقيق : ولا يحصن به الزوجان ، وهو الصواب . وأفاد **تت** : أن للمصنف نسختين ، النسخة التى فى التحقيق ، ونسخة ولا يحصن الزوجين بإسقاط به ، وهى ظاهرة أيضا .

قوله : (مفسر الخ) أى : بأن يحمل ما تقدم على ما إذا كان صحيحا ، أو مختلفا فى فساده ، على ما تقدم .

قوله : (وسبعا بالرضاع والصهر) أى : بعضهن بالرضاع ، وبعضهن بالصهر ، وهي : قرابات الزوجة ، وحليلة الأب ، وحليلة الابن . فالذى حرمه الله بالرضاع اثنتان :

جمع أم ، وهي : المرأة التى ولدتك وإن علت فأمك المباشرة للولادة محرمة عليك ، وكذا أم الأب ، وأم الأم ، وأم الجد للأب ، وأم الجد للأم (وَبَنَاتُكُمْ) جمع بنت وهي : كل من لك عليها ولادة وإن بعدت (وَأَخَواتُكُمْ) جمع أخت ، وهي : كل امرأة شاركتك فى رحم ، أو صلب ، أو فيهما معا (وَعَمَّاتُكُمْ) جمع عمة ، وهي : كل امرأة اجتمعت مع أبيك فى رحم ، أو صلب ، أو فيهما معا (وَخَالَاتُكُمْ) جمع خالة ، وهى : كل امرأة اجتمعت مع أمك فى رحم ، أو صلب ، أو فيهما معا

الأمهات ، والأخوات . وبقية السبع حرمه الله بالصهر وبقية ما يحرم بالرضاع – تمام السبع – مأخوذة من السنة ؛ قال صاحب القبس : المحرم بالصهر أربع : زوجة الأب ، وزوجة الابن ، وأم الزوجة ، وبنتها .

قوله (فى رحم) أى : وهى : الأخت للأم ، فالمشاركة فى الصلب هى التى للأب ، والتى فيهما معا هى الشقيقة .

قوله : (مع أبيك) أى : أو جدك ، وعمات الآباء ، وعمات الأمهات ، وعمة العمة تحرم عليك إن كانت من قبل الأب ، أو من قبله وقبل الأم ، وأما من قبل الأم فلا تحرم ، قاله : **تت** .

وقوله [1] : إن كانت الخ ، أى : العمة ، ، فالضمير راجع للعمة ، لا لعمة العمة وقوله [1] : وأما من قبل الأم الخ ، صحيح ، لأن أخت أبى من أمه أبوها أجنبى ، وأخته كذلك ، فليست بأصلى ولا فرعى ، ولا زوجة واحد منهما ، ولا فرع أصل من أصولى ، قاله : **عج** ، وعمة العمة من قبل الأب أخت الجد لأبيه ، ومن قبلهما معا أخته شقيقة .

قوله : (وخالاتكم) وخالة الخالة تحرم إن كانت الخالة من قبل الأم ، أو من قبلها وقبل الأب ، وأما من قبل الأب فقط فلا تحرم خالة الخالة ، وذلك لأن خالتى إذا كانت أخت أمى لأمها ، أو شقيقتها فقد اجتمعت مع أمى فى أمها ، فهى فرع أصلى الأولى ، فتحرم خالتها ، وإن كانت أخت أمي لأبيها فأمها وأخت أمها أجنبية مني ، فليست فصل أصلى .

---

(١) هذا قول تت .

(وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ) وهى : كل امرأة لأخيك عليها ولادة فهى بنت أخيك ، كان الأخ شقيقا ، أو لأب ، أو لأم (وَبَنَاتُ الأُخْتِ) وهى : كل امرأة لأختك عليها ولادة فهى بنت أختك ، كانت الأخت شقيقة ، أو لأب ، أو لأم (فَهؤُلَاءِ) السبعة (مِنَ ٱلْقَرَابَةِ) .

(وَ) أما السبعة (ٱللَّوَاتِي مِنَ الرَّضَاعِ وَٱلصِّهْرِ) فأشار إليها بقَوْلِه تَعَالى : ﴿ وَأُمَّهاَتُكُمُ ٱللاَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ سواء كانت المرضعة بكرا ، أو ثيبا ، شابة كانت أو متجالة ، حية كانت أو ميتة ﴿ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ كان الرضاع فى زمن واحد ، أو فى أزمنة ؛ ولم يذكر فى القرآن من المحرم بالرضاع إلا الأم والأخت ، فالأم أصل ، والأخت فرع ، فنبه تعالى بذلك على جميع الأصول والفروع (وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ) كل امرأة لها على زوجتك ولادة ، فهى : أم امرأتك إن علت ، وجمهور أهل العلم على أنها عامة فيمن دخل بها ومن لم يدخل بها ، فالعقد على البنت يحرم

قوله : (سواء كانت المرضعة بكرا الخ) أى : ولو كانت غير بالغ بل لو كانت خنثى مشكلا .

قوله : (أو ميتة) أى : حيث كان فى ثديها لبن ، ولو مع الشك على الأظهر .

قوله : (وأخواتكم من الرضاعة) المراد بالأخوات التى من الرضاع : بنات المرأة المرضع عليها ، وليس المراد بهن من رضع هو وإياها فقط ، لأنه يقتضى أنها لو كانت أرضعت بنتا قبله يجوز له أخذها – وليس كذلك – هذا معنى قول الشارح :(كان الرضاع فى زمن واحد) بأن صاحبتك فى الرضاع .

وقوله : (أو فى أزمنة) أى : بأن أرضعت قبل أن ترضع ، أو بعد أن رضعت .

قوله : (فرع) أي لذلك الأصل .

قوله : (والفروع) أى : فروع الأصول .

قوله : (وأمهات نسائكم) سواء عقد له عليها فى حال بلوغه أو صباه .

قوله : (وجمهور أهل العلم الخ) وغيرهم كعلى ، وابن عباس رضى الله عنهما ، فقد

الأم كما سيذكر ، وكذا تحرم أم الزوجة بالرضاع (وَرَبَائِبُكُمُ) جمع ربيبة ، فعيلة بمعنى مفعولة أي : مربوبة ، من قولهم : ربها يربها إذا ولِيَ أمرها ، وهي بنت الزوجة وقوله : ﴿ ٱللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمْ ﴾ خرج مخرج الغالب لا مفهوم له إجماعا ، فالربيبة تحرم على من دخل بأمها وإن لم تكن فى حجره ، والحجر – بفتح الحاء

قالا : إن قوله عز وجل : ﴿ ٱللَّاتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ ﴾ شرط فى هذه ، وفى الربيبة ، فإذا تزوج رجل امرأة فطلقها قبل أن يدخل بها ، فيجوز له أن يتزوج بأمها .

قوله : (إذا ولى الخ) أى : تقول ذلك إذا ولى أمرها ، أى : فمعنى مربوبة : مولى أمرها ، ورجوعه للماضى ظاهر ، وللمضارع بأن يراد إذا استمر على ذلك . **أقول** : فحينئذ قوله تعالى : ﴿ اللاتى ﴾ الخ وصف كاشف بالنظر لذلك ، وحينئذ فقضية ذلك أن يقول الشارح : هذا خرج مخرج الغالب ، لأن ولاية الأمر أغلبية ، والجواب عن ذلك ، ما أفاده بعضهم بعد أن ذكر أن ولاية الأمر أغلبية بقوله : ثم اتسع فى ولد الزوجة ، فسمى ربيبا إذا كان ذكرا ، أو ربيبة إذا كان أنثى ، وإن لم يحصل تربية . **أقول** : فالوصف بهذا الاعتبار يكون مخصصا ، وصح عدم ذكره لخروجه مخرج الغالب قبل .

قوله : (لا مفهوم له) المناسب التفريع أى : فلا مفهوم له .

(قوله : (إجماعا) أى : إلا ماروى عن على رضى الله عنه : أنها لا تحرم إذا لم تكن فى الحجر . وقال **تت** : خرج مخرج الغالب عند الفقهاء . وقال أهل الظاهر : إنما تحرم عليه التى فى حجره تمسكا بظاهر الآية .

قوله : (بفتح الحاء المهملة وكسرها) يوافقه ما فى النهاية : أن طرف الثوب بالفتح والكسر ؛ واقتصر صاحب القاموس على الكسر ، وذكر أنه بالكسر والفتح اسم للحفظ والستر .

قوله : (وما بين يديه) عطف تفسير ، وأراد بما بين يديه : ما كان تحتهما مما يوضع فيه الشيء عرفا ، فهو عين كلام صاحب النهاية .

قوله : (فى الحفظ) قال فى المصباح : حفظته : صنته عن الابتذال ، وعطف الستر عليه من عطف السبب على المسبب .

المهملة وكسرها – مقدم ثوب الإنسان وما بين يديه منه فى حال اللبس ، ثم استعملت اللفظة فى الحفظ والستر مجازا – وكذلك تحرم الربيبة من الرضاع -- واختلف فى معنى الدخول من قوله تعالى : ﴿ ٱللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ﴾ فقال الشافعى رضى الله عنه : هو الجماع . وقال مالك ، وأبو حنيفة رحمهما الله هو : التمتع من اللمس ، والقبلة . وجملة القول . إن الجماع هو الأصل ، وحمل عليه اللمس لأنه استمتاع مثله يحل بحله ، ويحرم بحرمه ، ويدخل فى عمومه . فإن لم يقع شىء من ذلك فالربيبة حلال إذا لم يدخل بأمها ،

وقوله : (مجازا) أى : مجازا مرسلا من استعمال اسم السبب فى المسبب ، لأن الحجر سبب للستر فى الجملة .

قوله : (هو الجماع) قال البيضاوى : وقوله : ﴿ دَخَلْتُمْ بِهِنَّ ﴾ أى دخلتم معهن الستر ، وهى كناية عن الجماع ، أفاده الشهاب أنه كناية مشهورة .

قوله : (من اللمس والقبلة) أى : والجماع أى : فيكون استعمال اللفظ فيه من قبيل عموم المجاز ، ويجوز أن يكون أراد بالدخول اللمس والجماع ، فيكون من استعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه ، ويجوز أن يراد به الجماع فقط ، أى : وقيس عليه اللمس .

وخلاصته : أن اللمس الشامل للقبلة من مدلول اللفظ على الأولين دون هذا الثالث ، وإنما قلنا من قبيل : لما تقدم من أن استعمال اللفظ فى الجماع ليس حقيقة أى بل كناية مشهورة ، فكأنها حقيقة .

قوله : (وجملة القول) أى : وحاصل القول .

قوله : (أن الجماع هو الأصل) أى : هو المعنى الذى صار كأنه الأصل ، لأن الأصل الحقيقى هو الدخول معهن الستر .

قوله : (وحمل عليه) أى : على الجماع ، أى : قيس عليه اللمس الشامل للقبلة ، أى : واستعمل اللفظ فى معنى كلى يعمهما – كما أشرنا إليه – من أنه من عموم المجاز ، فلا تنافى فى عبارته .

قوله : (يحل محله) أى : أىَّ شىءٍ يحل فيه الوطء يحل فيه اللمس .

وقوله : (بحرمه) بضم الحاء ، وسكون الراء وضمها ، أى : حرمته ، أى : أىَّ موضع يحرم فيه الوطء ، يحرم فيه اللمس .

ولا تلذذ منها بمقدمات الوطء ، وإليه الإشارة بقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ أي : لا إثم عليكم حينئذ فى نكاح الربيبة (وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُم) جمع حليلة ، وهى : زوجة الابن وإن سفل ، دخل بها الابن أو لم يدخل ، كما سيذكره بعد . وقوله تعالى : ﴿ ٱلَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ ﴾ تخصيص ليخرج من

وقوله : (ويدخل فى عمومه) أى : شموله ، أى : اللفظ الشامل لأفراده ، كما فى قولهم : يحرم الجماع فيما بين السرة والركبة ، أى : على الطريق المتقدم فى عموم المجاز ، أو استعمال اللفظ فى حقيقته ومجازه ، ولا يأتى الطريق الثالث لتعبير الشارح بالدخول إلا على ضرب من التسمح ، بأن يراد الشمول ولو من حيث القياس .

هذا ما يتعلق بالشارح من حيث تركيبه الصعب ؛ وحاصل الفقه : أنه إن قصد لذة بزوجته ولو بقبلة فم ، أو لمس ونحوه ، بل ولو بنظر ووجدت [١] ، حرمت فبنتها ربيبة ؛ وإن انتفيا فلا تحرم . وإن قصدها فقط ، أو وجدها فقط ، فقولان فى كلٍّ ، أقواهما فى الثانى التحريم ، والأربعة فى باطن الجسد وهو : ما عدا الوجه واليدين ؛ وأما هما فلا تحريم بهما مطلقا كباطن الجسد مع انتفائهما ، وأما التلذذ بالكلام فإنه غير محرم اتفاقا . وقال عج : وظاهر المصنف كغيره حرمة الفصول بالتلذذ ، ولو كانت الأم وقت التلذذ صغيرة جدا ، فليس كنقض الوضوء اهـ .

قوله : (فإن لم تكونوا دخلتم بهن) الحاصل : أن العقد على البنات يحرم الأمهات ولو فاسدا حيث اختلف فيه ، والتلذذ بالأمهات بعد العقد عليهن يحرم بناتهن ، ولعل الحكمة فى ذلك قوة محبة الأم للبنت ، بخلاف العكس .

قوله : (وحلائل الخ) المراد : من عقد عليهن الأبناء ، أى : مطلق الفروع وإن سفلت ، ولو فاسدا حيث اختلف فيه ، ولو كان المعقول له صغيرا جداً ، وأما لو كان متفقا على فساده فلا يحرم إلا إذا تلذذ ، وكذلك يحرم حلائل أبناء البنات .

قوله : (تخصيص) أى : مخصص ، أو ذو تخصيص لقوله : أبناؤكم .

وقوله : (ليخرج من عمومه) أى : من عموم أبنائكم الأبناء بالتبنى .

وقوله : (وكان ذلك) أى : حرمة حلائل الأبناء بالتبنى ، المفهومة من المقام ، فى صدر الإسلام ، أى : فى الجاهلية ، وصدر الإسلام .

---

(١) أى اللذة .

عمومه التبنى ، وكان ذلك فى صدر الإسلام ، وتحرم عليه حليلة الابن من الرضاع بالإجماع المستند إلى قوله ﷺ : « يَحْرُمُ مِنَ ٱلرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ ٱلنَّسَبِ » (١) والمشهور : أن أمة الابن لا تحرم على الأب حتى يطأها الابن ، أو يتلذذ بها ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ ﴾ سواء كان بنكاح ، أو ملك للوطء ، أما الجمع للاستخدام فقط فجائز إجماعا . ﴿ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ استثناء منقطع ، معناه : لكن ما قد

قوله : (من الرضاع) صفة للابن ، أى : فالابن من الرضاع حكم ابن الصلب فى حرمة حليلته .

قوله : (والمشهور) أى : أنه اختلف فى أمة الابن ، والمشهور من المذهب : أنها لا تحرم على الأب حتى يطأها الابن ، أو يتلذذ بها ؛ وسبب الخلاف : هل يصدق عليها بالملك أنها حليلة ، أو لا يصدق إلا بعد الاستمتاع بها ؟ أفاده فى التحقيق .

قوله : (حتى يطأها الابن أو يتلذذ) أى : حيث تلذذ بها بعد بلوغه على المعتمد ، لأن ما يحصل فيه التحريم بالعقد - وهو التحريم بالمصاهرة - لا يشترط فى المعقود له البلوغ ، بخلاف ما يتوقف فيه التحريم على التلذذ ، فيشترط فيه بلوغ المتلذذ من زوج ، أو مالك ، ولابد من تحقق التلذذ . وأما لو حصل فيه الشك ، فأشار إليه العلامة خليل بقوله : وإن قال الابن : نكحتها ، أو وطئت الأمة ، عند قصد الأب ذلك ، وأنكر ، ندب التنزه ، وفى وجوبه إن فشا تأويلان .

قوله : (سواء كان بنكاح أو ملك) أو مانعة خلو تجوز الجمع ، أى : فيصدق بصورة ثالثة ، أى : بأن تكون واحدة بنكاح وأخرى بملك ، فيمتنع أيضا .

قوله : (أما الجمع للاستخدام) وكذلك المرأة وعمتها ، والمرأة وخالتها ، إذا جمعهما للاستخدام فيجوز ، وكذلك لو جعل واحدة للوطء ، وواحدة للخدمة ، فإنه جائز .

قوله : (إلا ما قد سلف) أى : إلا الجمع الذى قد سلف .

وقوله : (استثناء منقطع) أى : لأن الجمع الذى قد سلف لم يكن داخلا فى المستثنى منه الذى هو الجمع المستقبل المتعلق بالمخاطبين .

---

(١) الموطأ : ٦٠٢/٢ و ٦٠٧ - صحيح البخارى : ٢٥٣/٥ ، ٢١١/٦ ، و ١٣٩/٩ . النسائى : ٨١/٦ طبع الحلبى - ابن ماجه : ٦٧٣/١١ .

سلف من ذلك ، ووقع ، وأزاله الإسلام ، فإن الله يغفره ، والإسلام يجبه ، وليس هذا مثل قوله : ﴿إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فى نكاح منكوحات الآباء ، لأن ذلك لم يشرع قط ، وإنما كانت جاهلية ، وفاحشة شائعة ، ونكاح الأختين كان شرعا لمن قبلنا ، نسخه الله تعالى فينا . وَقالَ تَعَالى : ﴿وَلَا تَنْكِحُوا مَا نكحَ آبَاؤُكُمْ مِّنَ النِّساءِ﴾ [النساء ٢٢] سواء دخل بها الأب أو لم يدخل ، فبالعقد تحرم على الابن ، وكذلك زوجة الجد لأنه أب ، وثبت فى

وقوله : (ووقعُ) عطف تفسير .

وقوله : (وأزاله الإسلام) أى : أبطله الإسلام ، أى : أبطل استمراره .

قوله : (فإن الله يغفره) أى : يمحوه من الصحف .

قوله : (والإسلام يجبه) أى : يقطعه ، أى : يمحوه من الصحف بحيث صار لا يؤاخذ به ، والدليل على أن المراد : فإن الله يغفره ، مع أن المتبادر إلا ما قد سلف فليس بحرام ، قوله : ﴿إن الله كان غفورا رحيما﴾ نعم ، قد استشكل ما ذكر : بأنه حيث كان شريعة قوم لا يؤاخذون به حتى يقال الإسلام يجبه ، فتدبر .

فقوله : (وإنما كانت) أى : نكاح منكوحات الخ ، وأنّث باعتبار كونه خصلة .

وقوله : (جاهلية) أى : منسوبة للجهل لكونها ناشئة عنه .

وقوله : (وفاحشة) أى : بالغة فى القبح ، كما فى بعض المفسرين .

قوله : (كان شرعا لمن قبلنا) ظاهره حتى عيسى .

قوله : (وقال تعالى : ولا تنكحوا) ولو كان العقد فاسدا حيث اختلف فيه ، ولو لم يحصل من الأصل تلذذ به ، وحرمة حليلة الأب على الابن ، ولو كان عقد الأب عليها فى حال صغره ، وقيدنا الفاسد بالمختلف فيه ، لأن المجمع عليه لا يحرم إلا وطؤه إن درأ الحد ، ومثل حليلة الأصل : موطوأته بالملك حيث تلذذ بها الأصل ، ولو مستندا لعقد فاسد حيث كان مختلفا فيه ، ولابد أن يكون التلذذ بعد البلوغ .

تنبيه : مراده بالآباء : الجنس فيدخل الجد وإن علا .

قوله : (لأنه أب) أي : فيكون داخلا فى الآباء ، فلا يكون من مقابلة الجمع بالجمع المقتضية للقسمة على الآحاد .

بعض النسخ ﴿ إِلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ ﴾ ومعناه ما تقدم قبل الإسلام .

تنبيه : لم يذكر من المحرمات بالرضاع ، والصهر ، إلا ستا ، وجعل السابعة الجمع بين الأختين ، ومنهم من جعل السابعة قوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ [النساء : ٢٤] .

ولما لم يكن فى القرآن من المحرمات بالرضاع صريحا إلا الأم والأخت وكان جميع الأصول والفروع حكمهم حكمها ، أتى بما يدل على ذلك عموما فقال :

قوله : (ومعناه ما تقدم قبل الإسلام) أى : فإنكم لا تؤاخذون به .

قوله : (إلا ستا) صوابه خمسا ، كما هو ظاهر .

قوله : (وجعل السابعة الخ) أنت خبير : بأن المحرمة بالصهر هى المحرمة بسبب عقد أصلك ، أو فرعك عليه ، أو عقدك على غيرها كأم الزوجة وبنتها ؛ وأما المحرمة بالجمع ، فلا ينطبق هذا الضابط عليها . والجواب : أن المصنف غلب المحرم بالصهر على المحرم بالجمع .

قوله : (ومنهم من جعل الخ) هذا هو المتعين .

قوله : (والمحصنات) أى : يحرم نكاح ذوات الأزواج قبل مفارقتهن لأزواجهن ، وفى عدها - مما ذكر - تغليب أيضا .

قوله : (وحرم النبى ﷺ بالرضاع ما يحرم من النسب) وهى السبع اللاتى فى الآية ، فكما يحرم بالنسب : الأمهات ، والبنات ، والأخوات ، والعمات ، والخالات ، وبنات الإخوة ، وبنات الأخوات ، كذلك يحرمن من الرضاع . فأمك رضاعا : كل من أرضعتك ، أو أرضعت من ولدتك بواسطة أو غيرها ، وأمهاتهما ، وبنتك : كل من رضعت على زوجتك بلبنك ، أو أرضعتها بنتك من نسب أو رضاع ، وأخواتك : كل من ولدته من أرضعتك ، أو ولد لفحلها ؛ فإن جاء من أمك وفحلها ولد فهو : أخ شقيق لك من الرضاع ، وإن ولد لأمك من غير ذلك الفحل ولد ، فهو أخ لأم ، وإن ولد لأبيك من غير أمك من زوجة أو سرية فهو : أخوك لأبيك . وأخوات الفحل عمات الرضيع ، وأخوات أم الرضيع خالات له ، وبنات الأخ من أرضعتهن امرأة أخيك بلبنه ، وبنات الأخوات من أرضعتهن الأخوات .

(وَحَرَّمَ النَّبِىُّ ﷺ بِالرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسبِ) ولفظ الصحيحين : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الوِلَادَةِ » (١) ولما لم يكن في الصحيحين صريحا ما يدل على تحريم الجمع بين المحارم غير الأختين ، وكان غيرهما ملحقا بهما بالسنة ، نبه على ذلك بقوله : (وَنَهَى) أى : النبى ﷺ : « أَنْ تُنْكَحَ المَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا أَوْ عَلَى خَالَتِهَا » خرجه فى الموطأ ، والصحيحين ، ابن شاس والضابط : أن كل امرأتين بينهما من القرابة ،

قوله : (بالرضاع) أى : بسبب الرضاع .

وقوله : (من النسب) أى : ما يحرم من أجل النسب ، والتعبير بالباء فى الأول ، ومن فى الثانى ، لدفع الثقل فى اللفظ .

قوله : (يحرم من الرضاعة الخ) من فى الموضعين : للتعليل ، والرضاعة بمعنى الرضاع ، فهو مصدر ثان لرضع ، كما أفاده المصباح . قال فى التحقيق : الرضاعة بفتح الراء وكسرها .

قوله : (ولما لم يكن فى الصحيحين) الصواب أن يقول : ولما لم يكن فى الآية . قال فى الجواهر : يحرم الجمع بين الأختين قرآنا ، وألحقت السنة بهما الجمع بين سائر المحارم ، فقال النبى ﷺ : « لَا تُنْكَحُ ٱلْمَرْأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا وَلَا على خَالَتِهَا » .

قوله : (ونهى أن تنكح الخ) قال تت : وكذلك لا يجوز له الجمع بين العمتين . والخالتين ، ولا بين الخالة والعمة ، ويتصور العمتان فى بنتى رجلين تزوج كل منهما أم الآخر ، والخالتان فى بنتى رجلين تزوج كل منهما بنت الآخر ، والخالة والعمة فى بنتى رجلين تزوج أحدهما أم الآخر والآخر بنت الآخر ، والنسب والرضاع فى ذلك سواء .

قوله : (خرجه فى الموطأ والصحيحين) قال فى التحقيق : ولفظ الموطأ ، والصحيحين من حديث أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لَا يُجْمَعُ بَيْنَ ٱلْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا وَلَا بَيْنَ ٱلْمَرْأَةِ وَخَالَتِهَا » (٢) .

قوله : (والضابط الخ) أي : فليس القصد خصوص ما ورد فى الحديث .

قوله : (بينهما من القرابة أو الرضاعة الخ) واحترز بذكر القرابة والرضاعة عن الجمع بين المرأة وأم زوجها ، أو ابنته ، والجمع بين المرأة وأمتها ، لأنه بالنسبة للأولتين لو قدرت

---

(١) انظر ص ١٢٠ .

(٢) الموطأ : ٥٣٢/٢ - صحيح البخارى : ١٦٠/٩ .

أو الرضاعة ، ما يمنع تناكحهما لو قدرت إحداهما ذكرا ، فيحرم الجمع بينهما فى العقد والحل .

ثم ذكر مسائل داخلة فيما تقدم على وجه التفسير فقال : ﴿ فَمَنْ نَكَحَ ٱمْرَأَةً حَرُمَتْ بـ)ـمجرد (الْعَقْدِ) عليها (دُونَ أَنْ تُمَسَّ) أى : توطأ (علَى آبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ) بمجرد العقد عليها ، ولا تتوقف حرمتها على الوطء . فقوله : حرمت على آبائه ، تفسير لقوله : ﴿ وَحَلَائِلُ أَبْنَائِكُمْ ﴾ ، وقوله : وأبنائه ، تفسير لقوله : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِنَ ٱلنِّسَاءِ ﴾ وقوله : (وَحَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمَّهَاتُهَا) تفسير لقوله : ﴿ وأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ ﴾ ، فبالعقد على البنت تحرم الأم ، دخل بها أو لم يدخل بها . وقوله : (وَلَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ بَنَاتُهَا حَتَّى يَدْخُلَ بِالْأُمِّ أَوْ يَتَلَذَّذَ بِهَا) ولو بالنظر

إحداهما ذكرا فلا يحرم من الجانبين بل من جانب واحد ، وفى الأخيرة لو قدرت السيدة ذكرا لم يحرم عليه وطء جاريته .

قوله : (فيحرم الجمع) المناسب لحرم الجمع .

قوله : (فى العقد والحل) أى : حلية الوطء ، فإن جمعهما فى العقد بطل النكاحان ، وفسخا أبدا وإن حصل دخول بهما بلا طلاق ، ولا مهر لمن لم يدخل بها إن جمع بينهما فى الحل ، فإن علمت الأولى فسخ نكاح الثانية ، وثبت نكاح الأولى . ومثل العلم : ولو صدقت المرأة أنها ثانية ، وإن اختلفا القول للزوج بيمين ليسقط عنه نصف الصداق ، ويفسخ نكاح من ادعى أنها ثانية لكن بطلاق ، وإن لم تعلم الأولى من الثانية ولم يدع الزوج العلم بأولية إحداهما ، فإنه يفسخ نكاحهما .

قوله : (فمن نكح امرأة) أي : عقد عليها .

قوله : (بمجرد العقد عليها) لو قال بمجرده لكفى ، إلا أنه قصد الإيضاح .

قوله : (على آبائه) أي : أصوله .

وقوله : (وأبنائه) أي : فروعه .

قوله : (بمجرد العقد عليها) لا حاجة له .

قوله : (لغير الوجه) ومثل الوجه الكفان .

لغير الوجه (بِنِكَاحٍ أَوْ مِلْكِ يَمِينٍ أَوْ) يتلذذ منها (بِشُبْهَةٍ مِنْ نِكَاحٍ أَوْ) شبهة (مِنْ مِلْكٍ) تفسير لقوله : ﴿ وَرَبَائِبُكُمُ ٱللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُم ﴾ فبالعقد على الأم لا تحرم البنت ، وإنما يحرمها الدخول بها . أو التلذذ بالقبلة ، أو بالنظر لجسدها ، والنظر للوجه لغو اتفاقا . مثال التلذذ بالنكاح ، والملك الصحيحين ظاهر ، ومثال الشبهة من النكاح نكاح الخامسة ، والمعتدة غير عالم . ومثال الشبهة من ملك : أن يشتري أمة ويتلذذ منها ، فتستحق منه ، أو يظهر بها عيب فترد . (وَلَا يَحْرُمُ بِالزِّنَا حَلَالٌ) مثله : قول مالك فى الموطأ : فأما الزنا فإنه لا يحرم شيئا . وظاهر قوله فى المدونة خلافه ، ونصها : وإن زنى بأم زوجته ، أو بنتها ، فليفارقها ، حمل أكثر الشيوخ هذه المفارقة على الوجوب ، وعليه اختلف الكلامان ، فأكثر الشيوخ رجح ما فى الموطأ ، وصرح ابن عبد السلام بمشهوريته .

قوله : (أو ملك يمين الخ) خروج لغير الموضوع ؛ لأن الموضوع أنه عقد على الأم .

قوله : (الدخول بها) أى : وطؤها .

قوله : (والنظر للوجه) أى : بلذة ، ومثله اليدان .

قوله : (غير عالم) راجع لهما . وليس قصده الحصر فيهما بل الضابط : أن يتزوج فاسدا مجمعا عليه لكن يدرأ الحد ، كأن يتزوج بمعتدة ، أو خامسة ، أو ذات محرم ، غير عالم ويتلذذ بها ؛ فيحرم عليه فرع كل واحدة من المذكورات وأصلها ، ولو حمل الشبهة من النكاح على من وطىء امرأة يظنها زوجته لكان أولى ، إذ قوله : بنكاح ، يشمل الفاسد ، وما فسر به شبهة الملك لا يفيد حكم ما إذا وطىء امرأة يظنها أمته ، وقد قالوا : إن وطء الغلط ينشر الحرمة ، ولم يفرقوا بين قوله غلطا فى نكاح ، أو ملك ، قاله : **عج** .

قوله : (ولا يحرم بالزنا حلال) المعنى : أن من زنى بامرأة ، ولو تكرر زناه بها ، لا تحرم عليه به أصولها ولا فروعها بل يحل له التزوج بأمها ، أو ابنتها التى لم تخلق من مائه لحرمتها عليه ، ومن باب أولى يجوز لأصله وفرعه نكاح تلك المرأة ، من ذلك ما مثل به فى المدونة .

قوله : (فأكثر الشيوخ رجح ما فى الموطأ) وهو المعتمد ، لأن كل أصحاب مالك عليه خلا ابن القاسم .

ومنهم من رجح ما فى المدونة ، لما ذكره ابن حبيب عن مالك : أنه رجع عما فى الموطأ ، وأفتى بالتحريم إلى أن مات .

(وَحَرَّمَ ٱللَّهُ سُبْحَانَهُ وتعالى) على المسلم (وَطْءَ الْكَوَافِرِ مِمَّنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ ٱلْكِتَابِ بِملكٍ أَوْ نِكَاحٍ) لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُواْ الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ ﴾ [البقرة : ٢٢١] .

الشرك يشمل المجوس ، والصابئة ، وعبدة الأوثان وغيرهم ، ممن اعتقد أن مع الله شريكا (وَيَحِلُّ) للمسلم (وَطْءُ) الإماء (الكتَابيَّاتِ بالْمِلْكِ) دون النكاح ، كما سيصرح به ، لعموم قوله تعالى : ﴿ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ [النساء : ٣] . (وَيَحِلُّ) له ، ولو كان عبدا (وَطْءُ حَرَائِرِهِنَّ) أي : الكتابيات (بِالنِّكَاحِ)

قوله : (وأفتى بالتحريم إلى أن مات) فإن قلت : كيف يكون الراجح ما فى الموطأ – وهو عدم التحريم بالزنا – مع رجوع الإمام عنه ، مع أن المرجوع منه لا ينسب إلى قائله ، فضلا عن كونه راجحا ؟ فالجواب : أن أصحابه أخذوا من قواعده أن المعتمد عدم التحريم ، فصار عدم التحريم مذهبا لمالك ، وإن كان قوله مخالفا له . ولا شك أن ما يستنبطه أصحاب الإمام من قواعده من المسائل ينسب إليه ، وإن لم يقله ، ولا تكلم به .

قوله : (الكوافر) جمع كافرة ، قاله بعض المفسرين رحمه الله .

قوله : (الشرك) أى : أهل الشرك .

قوله : (والصابئة) قوم عدلوا عن اليهودية والنصرانية وعبدوا الملائكة .

وقوله : (وعبدة الأوثان) جمع وثن ، قال فى المصباح : الوثن الصنم ، سواء كان من خشب ، أو حجر ، أو غيره .

وقوله : (أو غيرهم) أي : كعابد الشمس ، والقمر ، كما أفاده : **تت** .

قوله : (ممن اعتقد أن مع الله شريكا) يرد على ذلك ما قاله الله تعالى فى حق النصارى : ﴿ ثَالِثُ ثَلَاثَةٍ ﴾ [المائدة : ٧٣] وفى حق اليهود : ﴿ عُزَيْرٌ ٱبْنُ ٱللَّهِ ﴾ [التوبة : ٣٠] تدبر .

قوله : (ويحل وطء حرائرهن) ظاهر عبارة المصنف لتعبيره بيحل : جواز نكاحهن

سواء كانت اليهودية أو النصرانية باقية على دينها ، أو انتقلت إحداهما للأخرى ، هذا قول أكثر أهل العلم ، لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْمُحْصَنَاتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَابَ ﴾ [المائدة : ٥] ثم صرح بمفهوم قوله : ويحل وطء الكتابيات بالملك ، زيادة للإيضاح فقال : (ولَا يحِلُّ وَطْءُ إمَائِهِنَّ) أى : إماء الكتابيات (بالنِّكَاحِ) لا (لِحُرٍّ وَلَا لِعَبْدٍ) مسلمين ، سواء خاف على نفسه العنت أم لا ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلاً أَنْ يَنْكِحَ

من غير كراهة ؛ وقول ابن القاسم : ويمكن أن يكون أراد بالحل عدم الحرمة فلا ينافى الكراهة . ومشى عليها العلامة خليل لأنها قول مالك ، وتتأكد الكراهة بدار الحرب ؛ وإنما كرهه مالك لأن الزوج ليس له منعها من أكل الخنزير ، ولا من الذهاب إلى الكنيسة ، وهذا ربما يؤدى إلى تربية الولد على دينها ، وأيضا ربما تموت وهي حامل فتدفن فى مقبرة أهل الشرك ، والولد الكائن فى بطنها محكوم له بالإسلام . والظاهر أن هذا الخلاف جار فى قوله : ويحل وطء الكتابيات بالملك .

قوله : (سواء كانت الخ) وكذلك لو كانت تظهر إحداهما وتخفى الأخرى ، وأما لو كانت تظهر إحداهما وتخفى المجوسية فلا يجوز نكاحها ، وكذلك يجوز نكاح المجوسية إذا تهودت أو تنصرت على المعتمد ، لأنها تقر على ما انتقلت إليه قاله : **عج** فى شرح خليل .

قوله : (هذا قول أكثر أهل العلم) ومقابله : ما روى عن عبد الله بن عمر بن الخطاب رضى الله عنه : لا يجوز نكاح الكتابية الحرة محتجا بآية البقرة فقال : « لا أعلم شركا أعظم من قولها إن ربها عيسى » قال فى الذخيرة : لما شرف أهل الكتاب بالكتاب ، ونسبتهم إلى المخاطبة من رب الأرباب ، أبيح نساؤهم وطعامهم ، وفات غيرهم هذا الشرف بحرمانهم .

قوله : (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب الخ) أى : الحرائر ، أو العفائف الكتابيات .

قوله : (سواء خاف على نفسه العنت أم لا) عجز عن صداق الحرة أو لا ، وسواء كانت مملوكة لمسلم أو لكافر ، وسواء كان ممن يعتق عليه ولده أم لا .

قوله : (طولا) أى : فضلا من المال .

ٱلْمُحْصَنَاتِ ٱلْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّنْ فَتَيَاتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَاتِ ﴾ [النساء : ٢٥] فشرط الإيمان فيهن ، ولأن فى نكاحهن استرقاق الولد للكفار .

(وَلَا تَتَزَوَّجُ المَرْأَةُ عَبْدَهَا) سواء كانت كامل الرق ، أو مبعضا ، أو كان فيه بعض عقد من حرية : كالمكاتب ، لتعارض الحقوق ، لأنه لو تزوجها لكان له عليها سلطنة الزوجية ، وهى لها عليه سلطنة الملك ، وإذا طالبته بنفقة الزوجية ، طالبها بنفقته ، لأنه عبدها (وَ) كذلك (لَا) تتزوج المرأة (عَبْدَ وَلَدِهَا) لأنه كعبدها ، إذ لو مات لورثته ، ولأن لها شبهة فى ماله ، إذ لا تقطع إذا سرقت من ماله .

قوله : (المحصنات) أى : الحرائر .

قوله : (فمما ملكت الخ) أى : فلينكح مملوكة من الإماء المسلمات .

قوله : (ولأن فى نكاحهن استرقاق الولد للكفار) لأن الولد يتبع أمه فى الرق والحرية ، وأباه فى الدين والنسب . لكن تلك العلة لا تظهر إلا إذا كان السيد كافرا .

تنبيه : يفسخ النكاح حيث تزوج الأمة اليهودية ، أو النصرانية ، أو الحرة المجوسية ، ولو ولدت الأولاد ، ويرجم الزوج فى نكاح المجوسية ، بخلاف لو تزوجت الحرة المسلمة بمجوسى أو بكافر غيره لم تحد وإن تعمدت ؛ والفرق : أن إسناد النكاح إلى الرجل على جهة الحقيقة ، وإلى المرأة على جهة المجاز والحقيقة الضعيفة ؛ وانظر فى نكاح الأمة ، هل يحد أم لا ؟ واستظهر أنه لا حد لحل وطء الأمة فى الجملة ، دون المجوسية .

قوله : (ولا تتزوج المرأة عبدها) وإذا وقع ونزل ، فإنه يفسخ بغير طلاق ، لأنه متفق على فساده .

قوله : (سلطنة الزوجية) أي : ولاية الزوجية .

قوله : (ولا عبد ولدها) المراد بالولد : الجنس ، فيشمل ابن ابنها وإن نزل ، ويشمل الأنثى أيضا .

قوله : (إذ لو مات لورثته) هذا التعليل موجود فى تزوج الرجل أمة والده ، مع أنه ماض .

(وَ) كذلك (لَا) يتزوج (الرَّجُلُ أمتهُ) أى : أمة نفسه ، لأن النكاح إنما هو ملك المنافع وهو : البضع ، والملك إنما هو ملك الرقبة بكمالها ، فملك المنافع داخل فى ملك الرقبة ، فلا فائدة للنكاح (وِ) كذلك (لَا) يتزوج الرجل (أَمَةَ وَلَدِهِ) للشبهة التى له فى مال ولده ، ولذا لا يقطع إذا سرق من ماله ، ولا يحد إذا وطىء أمته ، وتجب نفقته عليه إن احتاج ، فهو فى معنى من تزوج أمة نفسه ، فإن وقع ما هو ممنوع مثل : أن يعقد على أمته فسخ النكاح بغير طلاق ، وكذا إن طرأ الملك بعد التزويج بشراء أو هبة ونحوهما .

(وله) أيِ : ويباح للرجل (أَنْ يَتَزَوَّجَ أَمَةَ والِدِهِ) الحر وإن علا . إن لم

قوله : (ولا يتزوج الرجل أمته) لا فرق بين أن تكون كاملة أو مبعضة ، قنة محضة أو ذات شائبة : كأم الولد ، والمكاتبة ، كان الرجل حرا أو عبدا .

قوله : (لأن النكاح) أى : العقد .

وقوله : (إنما هو ملك) أى : سبب ملك .

قوله : (المنافع الخ) المناسب أن يقول : إنما هو ملك الانتفاع بالبضع .

قوله : (فملك المنافع داخل فى ملك الرقبة) أي : فالمراد بملك الرقبة : ما يشمل ملك ذاتها ، بحيث يتصرف فيها بالبيع وملك الانتفاع ، فالأولى أيضا أن يعبر بالانتفاع .

وقوله : (فلا فائدة الخ) هذه العلة لا تنتج عدم الجواز .

قوله : (ولا يحد إذا وطىء أمته) أي : أمة ولده ، ولو وطئها بعد علمه بوطء الولد على الراجح .

قوله : (مثل أن يعقد على أمته) أي : أو أمة فرعه .

قوله : (أى ويباح للرجل) أى : فاللام للإباحة ، وهل إذا كان الأب حيا ؟ وإن مات الأب وترك أمة ، ورثها الابن ، هل يطؤها أو لا ؟ **فنقول** : لا يخلو بأن يعلمه أنه قاربها أم لا ، فإن أخبره بذلك فلا يحل له وطؤها ، وإن لم يخبره بذلك ، فإن كانت علية فلا يقربها ، وإن كانت وخشا جاز ، لأن الغالب فى العلية أنها لا تراد إلا للوطء ، والغالب فى الوخش أنها لا تراد إلا للخدمة ، قاله : فى التحقيق .

قوله : (أمة والده وأمة أمه) أي : حيث كانت مسلمة .

يستمتع بها الوالد بوطء ، أو قبلة ، أو مباشرة (وَ) كذا يباح له أن يتزوج (أَمَةَ أُمِّهَ) الحرة وإن علت ، لأنه لا شبهة له فى مالهما ، إذ لو سرق من مالهما قطع ، أو زنى بأمة أحدهما حد ، ولا يشترط فى جواز تزويجهما خوف العنت ، لأن ولده يعتق على أبويه ، وإنما يشترط ذلك إذا كانا عبدين ، لأن الولد للسيد .

(وَ) يباح (لَهُ) أيضا (أَنْ يَتَزَوَّجَ بِنْتَ آمْرَأَةِ أَبِيهِ مِنْ رَجُلٍ غَيْرِهِ) هذا واضح ، إذا كانت البنت معها قبل التزويج ، وانفصلت من الرضاع ، أما إذا تزوجها وهى ترضعها ، أو طلقها الأب ثم تزوجت بعده برجل وأولدها بنتا ، فهل لابن الزوج الأول أن يتزوج هذه البنت أم لا ؟ فى ذلك ثلاثة أقوال : الجواز ، واستظهر المنع والكراهة احتياطا ، ثم ذكر عكس هذه المسألة فقال : (وَتَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةُ آبْنَ زَوْجَةِ أَبِيهَا مِنْ رَجُلٍ غَيْرِهِ) أى : غير أبيها ، هذا إذا تزوجها أبوها بعد انقطاع الولد من الرضاع ؛ أما إذا تزوجها وهى ترضعه ، فهو أخو الربيبة من الرضاع .

وقول الشارح : (الحر والحرة) احترازا عن الرقيقين ، فلا يجوز للولد الحر أن يتزوج بأمتهما ، لأن ولده لا يعتق عليهما ، لأنهما لم يملكاه ؛ وإنما هو مملوك لسيدهما ، وأما لو كان الولد عبدا لجاز له أن يتزوج أمة والده وأمه ولو رقيقين .

قوله : (لأن ولده يعتق على أبويه) يؤخذ من ذلك منع نكاح الحر أمة أخيه وأخته ، لأن ولده لا يعتق على أخيه ولا على أخته ، لأن الحر الرشيد لايعتق عليه بالملك إلا الأصل وإن علا ، والفرع وإن سفل ، والحاشية القريبة وهي : الأخوة والأخوات ، لا أولادهم ، ولا الأعمام ، ولا العمات .

قوله : (ثلاثة أقوال) وموضوعها : أن لبن الأول لم ينقطع .

وقوله : (واستظهر) ضعيف .

وقوله : (والمنع) هو الراجح ، وهو الذى ذهب إليه خليل ، ولذا اقتصر **تت** عليه ، معللا له بقوله : لأن اللبن لهما ، فتدبر .

قوله : (بعد انقطاع الولد الخ) أي : أو تزوجها وهى ترضعه لكنه لم يحصل منه وطء ، فإنها تحل .

(وَيَجُوزُ لِلْحُرِّ وَالْعَبْدِ) المسلمين (نِكَاحُ أَرْبَعِ حَرَائِرَ مُسْلِمَاتٍ أَوْ كِتَابِيَّاتٍ) اتفاقا فى حق الحر ، وعلى المشهور فى حق العبد ، لأنه مندرج فى عموم قوله تعالى : ﴿ فَانْكِحُواْ مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ﴾ [النساء : ٣] ويمتنع نكاح الخامسة بإجماع أهل السنة ، فإن وقع فسخ قبل الدخول وبعده ، وهل يحدان علم بالتحريم أو لا ؟ قولان . وإن لم يعلم فلا حد قولا واحدا . وتحل الخامسة بطلاق إحدى الأربع طلاقا بائنا لا رجعيا على المشهور ، لبقاء العصمة (وَ) يجوز (لِلْعَبْد نكاحُ أَرْبَعِ إمَاء مُسْلَمَات) مملوكات للغير من غير شرط على

قوله : (نكاح أربع حرائر) أى : أو بعضهن حرائر ، وبعضهن إماء ، وسواء جمعهما فى عقد أو عقود .

قوله : (وعلى المشهور فى حق العبد) وروى ابن وهب : قصره على اثنتين ، قياسا على إطلاقه وحدوده ؛ وقد يمتنع القياس بأن النكاح لذة يستوى فيها الحر والعبد كالأكل والشرب ، وإنما يتشطر العذاب .

قوله : (بإجماع أهل السنة) وحكى عن بعض المبتدعة جواز الزائد على أربع ، قال ابن عبد السلام : فمن جماعة من نسبه إليهم من غير حصر ، ومن يبلغ به إلى التسع خاصة .

قوله : (وهل يحدان علم بالتحريم الخ) المعتمد أن كل من تزوج خامسة عالما بالتحريم ، فإنه يحد حد الزنا ، وإن كان جاهلا لم يحد ، وإن وقع نكاح الخمسة دفعة واحدة بطل فيهن ، ولمن دخل بها مهر صداقها ، ولا شيء لمن لم يدخل بها لفساد العقد ، وإن ترتب العقد فسخ نكاح الخامسة فقط .

قوله : (لا رجعيا الخ) زاد فى التحقيق : وإن كانت إحدى الأربع بدار الحرب فطلقها ، لا تحل له الخامسة إلا بعد خمس سنين من يوم خرج ، لاحتمال أن تكون حاملا وتأخر حملها خمس سنين .

قوله : (ويجوز للعبد نكاح أربع إماء مسلمات) لأن الإماء من نسائه ، والولد لا يكون أشرف من أبيه .

قوله : (من غير شرط) أى : سواء خشى العنت أم لا ، كان واجدا لطول الحرة أم لا ، لكن بشرط الإسلام فقط .

المشهور للآية المتقدمة (و) يجوز (لِلْحُرِّ ذَلِكَ) أى : تزوج أربع إماء مسلمات مملوكات للغير ، بشرطين أحدهما (إِنْ خَشِيَ الْعَنَتَ) وهو الزنا ، لقوله تعالى : ﴿ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنْكُمْ ﴾ [النساء . ٢٥] (وَ) الآخر إذا (لَمْ يَجِدْ لِلْحَرَائِرِ طَوْلاً) وهو ما يتزوج به الحرة ، قاله فى المدونة ، وظاهر كلامه : أن الشرطين

قوله : (للآية المتقدمة) أى التى هي قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى ﴾ كما أفصح به فى التحقيق ، فقوله : على المشهور ، ليس راجعا لقوله : من غير شرط ، بل راجع لقوله : ويجوز للعبد نكاح أربع إماء مسلمات . ومقابله : ما لابن وهب يفيده أبو الحسن على المدونة وعبارة الفاكهانى ، فيما وقفت عليه من بعض نسخه .

قوله : (إن خشى العنت الخ) قال الأقفهسى : ويتم ذلك بغلبة الشهوة ، وضعف الخوف من الله تعالى ، فإن اشتد الخوف ، وأمن على نفسه ، حرمت الأمة ، وسمى الزنا عنتا ، لأن أصله للتعب والمشقة ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَوْ شَاءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ ﴾ [البقرة : ٢٢٠] أى : ضيق عليكم . وقال الخرشى فى كبيره : وجد عندى ما نصه : وظاهر قوله : فإن خاف زنى أن مطلق الخوف كاف ولو وهما .

قوله : (وهو ما يتزوج به الحرة الخ) لكن روى محمد : أنه إذا لم يجد إلا مهر حرة ، ولا يجد ما ينفقه عليها ، ليس له أن يتزوج الأمة . وروى ابن حبيب عن أصبغ له تزويجها . قال صاحب المقدمات : وهو أصح مما رواه محمد ، لأن قدرة الصداق دون النفقة لا تفيده لطلاقها عليه بالعجز ، إلا أن يجد من تتزوجه عالمة بعجزه ، وهذا الذى تتزوج به الحرة يكون من نقد ، أو عرض ، أو دين على ملئ ، أو ما يملك بيعه ، أو إجارته ، لا دار سكناه ، كما قاله ابن فرحون . وقال غيره : والكتابة طَوْل ، وكذا خدمة المعتق لأجل ، بخلاف خدمة المدبر ، لاحتمال أن لا يوجد منها الطول ، وأما عبد الخدمة ، ودابة ركوبه ، وكتب الفقه المحتاج إليها ، فمن جملة الطول . وقوله إلا دار سكناه ، ظاهره : ولو كان فيها فضل عن حاجته ، وما قلناه من أن عدم ما يتزوج به الحرة مسوغ لتزويج الأمة ، ظاهره : ولو قدر على شراء الأمة ، وهو قول ابن القاسم خلافا لأشهب . وفى كبير الخرشى : والظاهر أن المرأة لو رضيت أن تتزوجه بمهر فى ذمته ، لا يجوز له أن يتزوج الأمة لأنه واجد للطول ولا يلزمه السلف ، ولو وجد من يعطيه ؛ ولا يجوز له أن يتزوج بأمة أخرى حيث تكفيه الأولى ، وإلا فله وهكذا إلى أربع اهـ .

المذكورين شرط فى جواز الجمع بين الأربع إماء للحر وليس كذلك بل مراده : أنهما شرطان فى جواز تزويج الحر الأمة ، وإنما ذكرهما تنبيها على أن الحر يفارق العبد فى ذلك .

والطول أن يكون معه مهر حرة . ولو كتابية على مافى المختصر ، ونص فيه : على أنه إذا كان معه ما يتزوج به الحرة إلا أنه لم يجد من الحرائر إلا من يطلب منه مالا كثيرا يخرجه عن العادة ، فإن له تزويج الأمة ، لأن ذلك عذر ، وما تقدم من أنه لا يجوز للحر المسلم تزويج الأمة إلا بالشرطين المذكورين هو المشهور ، فإن فقدا ، أو أحدهما ، لم يجز ، ومحله إذا كانت الأمة ملكا لمن لا يعتق ولده منها عليه ، مثل أمة الأب الحر ، أو كان ممن

قوله : (وليس كذلك) أى : لأن ما أجيز للضرورة يتحدد بزوالها ، ولا يحل له أزيد مما يحتاج إليه .

قوله : (فى ذلك) أى : أن الحر لا يجوز له الأربع إلا بشرطين ، والعبد يجوز له ذلك من غير شرط .

قوله : (ولو كتابية الخ) وهو المشهور ، بل نص بعضهم : على أن الإسلام متفق على عدم اشتراطه ، وقال ابن العربى : قدرته على مهر الكتابية الحرة لا يكون طولا ، بل يجوز له نكاح الأمة ؛ وهذا هو ظاهر الآية اهـ .

قوله : (مالا كثيرا يخرجه عن العادة) أي : بأن زاد على الثلث – كما تقدم فى التيمم – وفى شراء النعلين للحج .

قوله : (هو المشهور) وابن القاسم لا يراهما شرطين لا فى الابتداء ولا فى الانتهاء ، ولو تزوج الأمة بشرطه ، ثم زال المبيح ، لم ينفسخ نكاحه ، والظاهر ، كما قال بعض ، أنه لا فسخ أيضا إن تزوج الأمة بشرطه ، ثم تبين له أنه على خلافه .

قوله : (مثل أمة الأب الحر) أي : أو أمه ، أو جده وإن علا ، أو جدته ، أى : بقيد أن يكون المالك حرا ، أما لو كان المالك عبدا ، والزوج حرا فإنه لا يجوز ، لأن الولد يكون رقا للسيد الأعلى ، وكل هذا إذا كانت الأمة مسلمة .

تنبيه : قوله : مثل أمة الأب الحر الخ ، تمثيل للمنفى الذى هو قوله : يعتق الخ ، والأحسن أن فى العبارة حذفا ، ليكون قوله : أو كان الخ ، معطوفا عليه ؛ والتقدير : أما إن

لا يولد له كالخصى ، فإنه يجوز له حينئذ أمة الغير بغير شرط ، للأمن من استرقاق الولد .

ولما ذكر أنه يجوز للحر والعبد جمع أربع حرائر ، أو أربع إماء ، وكان الجمع مظنة المفاضلة لبعضهن على بعض ، وهى حرام ، أتى بلام الأمر الدالة على الوجوب فقال : (وَلْيَعْدِلْ بَيْنَ نِسَائِهِ) سواء كن حرائر ، أو إماء ، مسلمات ، أو كتابيات ، مرضى ، أو أصحاء ، أو رتقاء ، أو نفساء ، أو حائضا ، أو محرمة ،

كانت ملكا لمن يعتق ولده منها عليه ، فإنه يجوز وإن لم يخش العنت ، أو كان ممن لا يولد له الخ .

قوله : (كالخصى الخ) أى : وكالمجبوب ، والشيخ الفانى ، وعقيم ، وعقيمة ، فيما يظهر ، لجزم العرف بأمن حملها فيهما .

تنبيه : إذا لم يعف إلا بأربع تزوجهن ، وإن خشى الزنا فى أمة معينة تزوجها .

قوله : (وليعدل) أى : الزوج بين نسائه ، هذا إذا كان بالغا ، عاقلا ، وأما المجنون إذا كانت له زوجات ، فيجب على وليه أن يطوف به عليهن لأجل العدل بينهن ، كما يجب عليه الإنفاق عليهن من مال الزوج ، لكن بشرط انتفاعهن بحضوره ، وعدم الخوف عليهن ، وإلا فلا وجوب على الولى ، كما لا يجب عليه إطاقة الصبى لعدم انتفاعهن بحضور الصبى ، ويشترط فى الزوجات الدخول بهن ، وإطاقتهن للوطء ، فلا قسم لغير مدخول بها ، ولا لصغيرة لا تطيق الوطء ، وإن دخل بها .

قوله : (بين نسائه) أفهم التعبير بالنساء : أن الواحدة لا يجب البيات عندها ، وهو كذلك ، وإنما يستحب فقط ، واستظهر ابن عرفة وجوب البيات عندها ، أو يحضر لها مؤنسة ، لأن تركها وحدها ضرر بها ، لاسيما إذا كان المحل يتوقع منه الفساد ، والخوف من اللصوص ، وسكت المصنف عما يتعلق بالوطء ، والراجح أنها إذا شكت قلة الوطء يقضى لها فى كل أربع ليال بليلة . كما أن الصحيح إذا شكا الزوج قلة الجماع أن يقضى له عليها بما تطيقه كالأجير ، خلافا لمن قال : يقضى بأربع مرات فى اليوم والليلة ، لاختلاف أحوال الناس .

قوله : (أو رتقاء أو نفساء) جرى فى قوله : مرضى أو أصحاء على الجمع ، وجرى فى

أو مولى منها ، أو مظاهرا منها ، وسواء كان هو حرا ، أو عبدا ، أو خصيا ، أو مريضا ، ما لم يشق عليه الانتقال ، فإن شق عليه الانتقال جاز له أن يقيم عند إحداهن ، دل على وجوبه الكتاب قال تعالى : ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً ﴾ [النساء : ٣] . والسنة ، قال ﷺ : « إِذَا كَانَ عِنْدَ الرَّجُلِ امْرَأَتَانِ فَلَمْ يَعْدِلْ بَيْنَهُمَا جَاءَ يَوْمَ الْقِيَامَةِ وَشِقُّهُ سَاقِطٌ » [١] . رواه أصحاب السنن الأربعة .

وأجمعت الأمة على وجوبه فمن لم يعدل بين نسائه فهو عاص لله ، ولرسوله ﷺ ، لا تجوز إمامته ، ولا شهادته ، ومن جحد وجوبه يستتاب ثلاثا ، فإن لم يتب فهو كافر .

رتقاء وما بعدها على الإفراد تفننا . ومرضى – بسكون الراء ، وفتح الميم – وجمع رتقاء رتق – بضم الراء وسكون التاء – وجمع نفساء نفاس – بكسر النون – كما فى المصباح .

قوله : (دل على وجوبه) أي : العدل .

قوله : (فواحدة الخ) أي : فاختاروا واحدة ، أمر الله سبحانه وتعالى بالاقتصار على الواحدة إن خاف الجور ، قاله : تت فدل على أن العدل واجب .

قوله : (امرأتان) أي : زوجتان فأكثر .

وقوله : (فلم يعدل بينهما) أي فى القسم .

وقوله : (جاء) أي : حشر .

وقوله : (وشقه) بكسر أوله : نصفه ، أو جانبه .

وقوله (ساقط) أي : ذاهب ، أو أشل ، قاله المناوى .

قوله : (لا تجوز إمامته ولا شهادته) هذا واضح بالنسبة للشهادة ، وأما بالنسبة للإمامة فعلى القول بعدم جواز إمامة الفاسق ، وهو خلاف الراجح ؛ والراجح أنها جائزة بمعنى أنها ليست بحرام بل هى مكروهة ، والصلاة صحيحة . ويمكن الجواب : بأنه أراد بعدم الجواز الكراهة فى جانب الإمامة .

قوله : (فهو كافر) الأولى أن يقول : فيقتل لأنه كافر فى زمن الاستتابة .

---

(١) سنن ابن ماجه ٦٣٣/١ – سنن أبي داود : ٣٢٦/٢ .

والعدل الواجب يكون فى النفقة ، والكسوة بحسب حال كل واحدة ، فالشريفة بقدر مثلها ، والدنية بقدر مثلها ، وفى المبيت ، ولا يجب فى الوطء ، ويحرم عليه أن يوفر نفسه لينشط للأخرى ، والقسم بيوم وليلة ، ولا يقسم بيومين إلا برضاهن ، وإن كان فى بلاد بعيدة قسم بحسب الإمكان بالجمعة ، أو الشهر ، أو غيرهما ؛ ولا يدخل على ضرتها فى يومها إلا لحاجة ، ولا يجلس ليتحدث معها ،

قوله : (والعدل الواجب الخ) الراجح أنه يقصر العدل على المبيت فقط ، وأما النفقة والكسوة فحالهما لا يختلف تعددت الزوجات أو لا .

قوله : (فالشريفة بقدر مثلها) مع اعتبار وسعه أيضا .

وقوله : (والدنية بقدر مثلها) أي : مع اعتبار وسعه أيضا ، فإذا كانت لدناءتها لا تتعاطى أكل اللحم ، وتزوجها غنى يقدر على الضأن لغناه ، فيطعمها لحم البقر ، فقد اعتبر حالها وحاله .

قوله : (ولا يجب فى الوطء) ولا فى المحبة القلبية ، والإقبال ، والنظر ، والمفاكهة بالكلام .

قوله : (ويحرم عليه أن يوفر نفسه الخ) أي : إن كان يكف عنها بعد ميله للوطء لتوفر لذته وقوته إلى غيرها ، فهذا حرام ، ويجب عليه ترك الكف ، ويحمل عند الكف على قصد الإضرار ، وإن لم يلاحظ ذلك وقت الكف ، لأن الكف مظنة قصد الضرر .

قوله : (ولا يقسم بيومين) أى : فأقل المدة التى لا زيادة عليها ولا نقص عنها إلا برضاهن يوم وليلة ، والبداءة ندبا بالليل . ويكمل لكل واحدة يوم وليلة . ويقيم القادم من سفره عند أيتهن أحب ؛ ولا يحسب ، ويستأنف القسم لأن المقصود الليل . ابن حبيب : وأحب إلىَّ أن ينزل عند التى خرج من عندها ، أى : ليكمل لها يومها .

قوله : (بالجمعة أو الشهر) الأولى أن يقدمه على قوله بحسب الإمكان ، ليكون بحسب الإمكان بدلا منه لأنه محط الفائدة .

قوله : (ولا يدخل على ضرتها فى يومها) المراد بيومها نوبتها .

قوله : (إلا لحاجة) أى : غير الاستمتاع ، أي : ولو أمكنه الاستنابة فى تلك الحاجة ، وأما هو فلا يجوز . وتلك الحاجة كمناولة ثوب وشبهه .

ويقضى عليه أن يسكن كل واحدة فى بيت يأتى إليها فيه . وليس عليه إبعاد الدارين .

ومنع مالك جمعهما فى فراش واحد من غير وطء ولو رضيتا ، ولا يجوز وطء إحداهن بحضرة الأخرى اتفاقا . واحترز بقوله : بين نسائه ، من الإماء ، فإنه لا يجب العدل بينهن فى القسم – كما سيصرح به – لأنهن لا حق لهن فى الوطء .

قوله : (ولا يجلس ليتحدث) أى : لا يقيم عند من دخل بها إلا لعذر لابد منه : كاقتضاء دين ، أو تجر لها ، وهذا إذا كانتا ببلد واحد ، أو ببلدين فى حكم الواحدة ، أى : بأن يرتفق أهل كل بالأخرى ؛ وأما إن كانتا ببلدين لا فى حكم الواحدة ، فله الدخول على ضرتها يومها لسفره لها ببلدها ووطئها بقية نهار التى سافر من عندها ، وعليه التسوية فى القسم بينهما بجمعة أو شهر ، ولا يزيد مدة إحداهما على الأخرى إلا لمصلحة كتجر .

قوله : (ويقضى عليه أن يسكن كل واحدة فى بيت) أي : وأما فى بيت واحد فلا يجوز إلا برضاهن ، بشرط أن يكون لكل واحدة منهما منزل مستقل بمرافقه ومنافعه : من كنيف ، ومطبخ ، ونحو ذلك مما يحتاج إليه . ويجوز له إذا أتى زوجته ليبيت عندها ، فأغلقت بابها فى وجهه ، ولم يستطع أن يبيت فى حجرتها أي : لبرد ، أو لخوف ، أو نحوه ، أو ازدرائه ، على ما استظهره **عج** ، وهو ظاهر ، فإنه يجوز له حينئذ أن يذهب إلى ضرتها ليبيت عندها من غير استمتاع ، واستظهر بعضهم : أن له أن يستمتع ، وهو الظاهر عندى ، فإن قدر على أن يبيت فى حجرتها ، فإنه لا يجوز له أن يذهب إلى ضرتها . قال ابن القاسم : لا يذهب ، وإن كانت ظالمة وكثر ذلك منها ، بل يؤدبها . وله وضع ثيابه عند واحدة دون الأخرى ، لغير ميل ولا ضرر .

قوله : (ومنع مالك جمعهما فى فراش واحد من غير وطء) وخالف مالكا ابن الماجشون فكرهه ، ففيهما قولان بالحرمة والكراهة ، دل عليه كلام ابن عمر . واختلف فى الإماء ، فقيل : يجوز ، وقيل : لا يجوز ، وقيل : يكره . قال الأقفهسى : وإنما قلنا لا يجمع بينهما فى فراش واحد لما فيه من قلة المروءة ، وعلى هذه العلة فيمنع فى الإماء إلا أن يقال لشرف الحرائر على الإماء اهـ .

قوله : (واحترز بقوله بين نسائه) أى : لا فرق بين كونهن أحرارا أو إماء ، أو بعضهن أحرارا وبعضهن إماء .

(وَعَلَيْهِ) أى : الزوج حرا كان أو عبدا ، وجوبا (النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى) للزوجة ، حرة كانت أو أمة ، مسلمة كانت أو كتابية (بِقَدْرِ وُجْدِهِ) ظاهره : أنه

قوله : (أي الزوج) أى : البالغ الموسر النفقة ، أى : من قوت وإدام ، وإن أكولة ، إلا أن يشترط كونها غير أكولة ، فله ردها إلا أن ترضى بالوسط ، وتزاد المرضع ما تقوى به ، إلا المريضة ، وقليلة الأكل ، فلا يلزم إلا ما تأكل ، إلا أن يزيد ما تأكله حال مرضها على حال صحتها فقدر صحتها فقط ، ثم لزوم ما تأكله المريضة شامل لنحو : سكر ، ولوز ، حيث كانا غذاءين لها لا دواء ؛ وعليه الماء لشربها ، وطهارتها ، وظاهره : ولو من جنابة من غير وطئه ؛ وشمل الغلط ، والزنا ، واحتلامها مع الإنزال . ولمستحب : كغسل عيد ، ودخول مكة . ومسنون : كإحرام ، وجمعة تريد حضورها . والزيت ، والحطب ، والملح ، والحصير ، والسرير عند الحاجة إليه ، وأجرة القابلة ، والزينة التى تتضرر المرأة بتركها : كالكحل والدهن المعتادين ، والإخدام إن كان الزوج مليا وهي أهل للإخدام ، أو كان مليا والحال أنه من الذين لا يمتهنون نساءهم ، فإنه يجب أن يخدمها ، وإن لم تكن أهلا .

ولا يلزمه الدواء لمرضها ، ولا أجرة نحو الحجامة ، ولا المعالجة فى المرض ، ولا ثياب المخرج ولو كانت من نساء الأمصار ، ولا يلزم الحرير وما فى حكمه كالخز ، ولو من الزوج المتسع الحال ، وكون حالها ذلك ، وحمل على الإطلاق ، وعلى أهل المدينة .

ويفرض اللحم المرة بعد المرة فى الجمعة لمتسع ، ومرة فى كل جمعة لمتوسط ، ابن القاسم : ولا يفرض كل يوم . قال بهرام : إن لم تكن عادة اهـ . وانظر الفقير هل لا يفرض اللحم عليه أصلا أو يفرض بقدر وسعه ؟ وهو الظاهر ، حيث كانت عادة أمثاله – ولو فى الشهر مرة – وفى بعض العبارات : فى حق القادر فى الجمعة ثلاث مرات يوما بعد يوم ، والمتوسط مرتان ، والمنحط الحال مرة .

ولا يفرض عسل ، ولا سمن ، إلا أن يكون إدامين عادة . وفاكهة – لا رطبة ولا يابسة – إلا أن يكونا إدامين عادة .

ويجب على الزوج عند الولادة ما يصلح لها مما جرت به العادة ، ولو مطلقة بائنا ، لا فى ولد الأمة ، لأن ولدها رقيق لسيدها .

قوله : (بقدر وجده) بضم الواو وسكون الجيم ، أى : وسعه .

لا يراعى إلا حال الزوج فقط ، والمشهور أنه يراعى حالهما معا ، فينفق نفقة مثله لمثلها فى عسره ويسره ، وكذلك الكسوة ، ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه ، ولا يلزمها الأكل معه .

واتفق على أنها تطلق عليه إذا عجز عن النفقة بعد التلوم على المشهور ، واختلف فى مقدار الأجل ، فقيل : اليوم ونحوه . وقال محمد : الذى عليه أصحاب

قوله : (والمشهور أنه يراعى حالهما) هذا إذا ساواها حاله ، فإن زاد حالها اعتبر وسعه فقط ، فإن نقصت حالتها عن حالته وعن وسعه اعتبر وسعه متوسطا ، لا حالها فقط .

قوله : (ويجوز إعطاء الثمن عما لزمه) أى : من نفقة وكسوة ، وظاهر هذا : أن الذى يقضى به على الزوج فى الأصل هو ما فرض لها من الأعيان لاثمنه ، وأن للزوج أن يعطى الثمن عن ذلك .

قوله : (ولا يلزمها الأكل معه) أى : فتقول له : ادفع لى نفقتى أنا أنفق على نفسى ، وتجاب إلى ذلك ، ويفرض لها ما مر من الأعيان والأثمان ؛ وإن كانت تؤمر بالأكل معه ، من غير قضاء ، لما فى ذلك من التودد ، وحسن العشرة .

وتسقط نفقتها المقدرة أو المطالبة بها ، إن لم تكن مقررة بالأكل معه ، والكسوة كالنفقة ، فإذا كساها معه فليس لها غير ذلك ، وهذا ظاهر فى النفقة ولو محجورا عليها ، وأما الكسوة إذا كانت محجورة ، فلا تسقط كسوتها المقررة بكسوتها معه ، والظاهر قبول قوله إذا كانت دارُهم واحدة : أنها أكلت معه .

قوله : (واتفق على أنها تطلق عليه إذا عجز عن النفقة) إن تزوجته غنيا أو فقيرا غير عالمة بفقره ، لا إن تزوجته عالمة بفقره ، أو أنه من السؤال إلا أن يتركه ، أو يكون مشهوراً بالعطاء وينقطع عنه ، وإذا طلقت عليه يكون رجعيا ولو أوقعه الحاكم ، ولا تصح رجعته لها إلا إذا وجد يسارا ، ظن معه دوام القدرة على الإنفاق .

قوله : (بعد التلوم على المشهور) ومقابله : أنه يطلق عليه من غير تلوم ، ذكره بهرام .

قوله : (اليوم ونحوه) بيَّن النَّحْو بهرام بقوله : ونحوه بما لا يضر بها الجوع .

قوله : (وقال محمد الخ) فيه شىء لما ذكره بهرام فى الوسيط ، حيث قال محمد :

مالك الشهر ونحوه . ج : والحق أنه يرجع إلى اجتهاد القاضى .

ثم بيَّن أن الإماء يخالفن الزوجات فى بعض ما يجب العدل فيه بقوله : (وَلَا قَسْمَ فِي المَبِيتِ لأَمَتِهِ وَلَالِأُمِّ وَلَدِهِ) مع زوجة ، أو مع أمة أخرى ، أو مع أم ولد أخرى ، لأن القسم إنما يجب لمن له حق فى الوطء ، وهاتان لا حق لهما فيه اتفاقا .

ثم بين موجب النفقة فقال : (وَلَا نَفَقَةَ لِلزَّوْجَةِ) يتيمة كانت أو غيرها ، حرة أو أمة ، بمجرد العقد عليها ، على المشهور ، وإنما تجب بأحد شيئين .

أحدهما : (حَتَّى يَدْخُلَ بِهَا) المراد بالدخول هنا : إرخاء الستور ، وطىء أم لا ،

والذى عليه أصحاب مالك الشهر ، ولعبد الملك الشهر والشهران .

قوله : (والحق الخ) وهو الراجح .

والحاصل : أنه إذا ثبت عسره ، يتلوم له بالاجتهاد من الحاكم من غير تحديد ، ولا نفقة لها زمن التلوم ، ثم بعد التلوم ، وعدم الوجدان للنفقة أو الكسوة ، يطلق عليه . وهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ثم يحكم ؟ قولان .

قوله : (لا حق لهما فيه اتفاقا) إذ الذى على سيد المملوك طعامه وكسوته – ذكرا أو أنثى – ولسيده عليه الخدمة التى يطيقها ، ولو تضررت الجارية من ترك الوطء واحتاجت للزواج ، لا يجبر سيدها ، والعبد مثلها ، وأما قوله عليه الصلاة والسلام : « لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ » [1] فإنما هو فيما يجب للشخص ومن حقه ، والرق لاحق له فى الوطء .

قوله : (بمجرد العقد عليها على المشهور) ومقابله : ما لابن عبد الحكم : تجب من حين عقد النكاح عليها مطلقا ، وقاله سحنون .

قوله : (أم لا) بأن كانت غير مطيقة ، أو بها مانع من رتق ونحوه .

قوله (أن يكونا غير مشرفين) سيأتى محترزه .

---

(١) الموطأ : ٧٤٥/٢ – ابن ماجه : ٧٨٤/٢ – مسند الإمام أحمد : ٣١٣/١ و ٣٢٧/٥ بتحقيق أحمد شاكر طبعة دار المعارف .

كانت ممن يوطأ مثلها أم لا ، بشرطين وهو : أن يكونا غير مشرفين ، وأن يكون الزوج بالغا .

والشيء الآخر أشار إليه بقوله : (أَوْ يُدْعَى إِلَى الدُّخُولِ) ويشترط فى هذه الشرطان السابقان ، وشرط ثالث أشار إليه بقوله : (وَهِيَ) أن تكون (مِمَّنْ يُوطأُ مِثْلُهَا) واحترز به عن الصغيرة التى لا يمكن وطؤها ، فإنه لا نفقة لها بالدعوة بل بالدخول ، لأنه إذا دخل استمتع بغير الوطء ، وإذا اختلفا فى الدعوة فالقول قول الزوج . وقيدنا كلامه بكون الزوج بالغا احترازا من الصغير ، ولو كان مطيقا للوطء فإنه لا نفقة عليه على المشهور . وبكونهما غير مشرفين ، احترازا مما لو كان أحدهما مريضا مرضا يشرف معه على الموت ، لم تجب النفقة .

قوله : (بل بالدخول) حاصله : أن المدخول بها لها النفقة ، بشرط بلوغ الزوج ويسره ، ولو كانت غير مطيقة للوطء لصغرها ، أو مرضها ، وأما غير المدخول بها فإنما تجب لها النفقة إذا دعيت للدخول مع إطاقتها وبلوغ الزوج ، لا إن كانت غير مطيقة لصغرها ، أو بها مانع من رتق ونحوه ، أو اشتد مرضها بحيث أخذت فى السياق .

والدعاء للدخول إما منها ، أو من وليها المجبر ، أو وكيلها إذا كان زوجها حاضرا ؛ وأما لو كان غائبا ، وجبت لها وإن لم تدعه قبل غيبته ، قربت أو بعدت على الراجح ، بشرط إطاقتها ، وبلوغه . وطلبها الآن للإنفاق عند حاكم ، ويسألها هل تمكنه أن لو كان حاضرا ؟ فإن قالت : نعم ، فرض لها .

قوله : (وإذا اختلفا فى الدعوة) بأن قالت : دعوتك للدخول فى نحو شهر – مثلا – وهو ينكر ذلك ، فالقول قوله .

قوله : (احترازا من الصغير الخ) فالزوج الصبى لا نفقة لها عليه ، ولا على وليه ولو دخل بها ، ولو كانت بكرا وافتضها ، لأنها المسلطة له على نفسها إذا كانت كبيرة ، أو وليها إن كانت صغيرة ، ولا يتوقف وجوب نفقة الزوجة على حكم حاكم .

قوله : (فإنه لا نفقة عليه على المشهور الخ) وقيل : تجب عليه بإطاقة الوطء .

قوله : (احترازا الخ) والمشرف : هو من بلغ حد السياق ، أى : الأخذ فى النزع .

قوله : (لم تجب النفقة) هذا إذا كان قبل الدخول ، ولو دخل لا عبرة بالدخول .

(وَنِكَاحُ التَّفْوِيضِ جَائِزٌ) من غير خلاف (وَهُوَ أَنْ يَعْقِدَاهُ) بلفظ التثنية ، أى : الزوج والولى ، ويروى يعقده بلفظ الإفراد ، أى : الزوج (وَلَا يَذْكُرَانِ صَدَاقاً) استشكل إثبات النون ، لأنه معطوف على المنصوب ، وكلامه صادق بصورتين : لأنه إذا لم يذكر صداقا ، إما أن يصرحا مع ذلك بالتفويض ، نحو : أنكحتك وَلِيتى على التفويض ، ولا نحو : زوجتك وليتى من غير ذكر مهر ، والنكاح صحيح فى الوجهين . أما لو صرحا باشتراط إسقاط المهر لما جاز ، وفسخ قبل الدخول ، واختلف قول ابن القاسم فى فسخه بعد (ثُمَّ) إذا قلنا بجواز نكاح التفويض وصحته ووقع ، ومنعت الزوج من الدخول

قال فى الأمهات : ودحول هذا وعدمه سواء ، قاله أبو الحسن . قال الشيخ عبد الرحمٰن الأجهورى : أخذ منه أنه إذا دخل بها فى تلك الحالة ، ثم طلقها ، أنه لا يلزمه إلا نصف الصداق اهـ فإن وطئها تكمل عليه ، كما أنه لا تسقط نفقتها عنه إذا بلغت حد السياق بعد البناء ، ولا يسقط النفقة إلا الموت .

تتمة : يجب على المرأة الخدمة الباطنة : من عجن ، وخبز ، وكنس ، وفرش ، واستقاء ماء من الدار ، أو من الصحراء إن كانت عادة أهل بلدها ذلك ، إلا أن يكون من الأشراف الذين لا يمتهنون نساءهم ، وإلا لزمه إخدامها لذلك إن كان مليا ، وإن لم تكن أهلا . ولا يلزمها التكسب : كالغزل ، والنسج ، ولو كانت عادة نساء بلدها . وينبغى اعتبار العرف فى غسل ثياب وخياطتها .

قوله : (جائز) ولو من القادر على المال فى الحال .

قوله : (أى الزوج) أى : مع الولى .

قوله : (استشكل إثبات النون الخ) هذا الإشكال مبنى على أن الواو للعطف ، وأما لو جعلت الواو للحال ، فلا إشكال كما فعل : **تت** .

قوله : (لأنه الخ) الضمير للشأن .

وقوله : (من غير ذكر مهر) أى : نحو قولك كذا فى حالة كونك لم تذكر مهرا .

قوله : (واختلف قول ابن القاسم الخ) أى : والمعتمد عدم الفسخ ، وأنه يمضى بصداق المثل .

قوله : (وصحته) عطف لازم على ملزوم .

فإنه (لَا يَدْخُلُ بِهَا حَتَّى يَفْرِضَ لَهَا) صداق مثلها ، ابن شاس : ومعنى مهر المثل : القدر الذى يرغب به مثلها فيه ، والأصل فيه اعتبار أربع مقامات : الحسب ، والجمال ، والمال ، والدين . د : ويعتبر صداق المثل يوم العقد ، لأنه يوجب الميراث وغيره من حقوق النكاح الثابتة به وتستحقه بالدخول ،

قوله : (لا يدخل الخ) أى : لا يدخل الزوج على جهة الكراهة ، لأنه يكره تمكينها من نفسها قبل قبض شيء من الصداق ، ولو ربع دينار .

قوله : (حتى يفرض الخ) محل الفرض : إذا كان الزوج صحيحا ، وأما لو طرأ له المرض بعد العقد – وهو صحيح – فإن كانت الزوجة وارثة فلا فرض لها ، قولا واحدا ، وإن كانت غير وارثة كالذمية والأمة فقولان ، قيل : يصح ، ويكون المفروض وصية فى الثلث . وقيل : يبطل فرضه ، لأنه لأجل الوطء ولم يحصل .

قوله : (والذى يرغب به مثلها فيه) كذا فى نسخ عدة ، وفى نسخة : ما يرغب مثله فيها ، وهو الصواب . وكذا عبر فى المختصر بما يوافقها .

قوله : (أربع مقامات) أى : أحوال .

وقوله : (الحسب الخ) هو ما يعد من مفاخر الآباء كالكرم ، والمروءة .

وقوله : (والجمال) أى : الحسن .

وقوله : (والدين) أى : من صلاة وصيام ونحوهما ، ويعتبر فيه أيضا البلد والنسب .

قوله : (يوم العقد) أى : إذا كان النكاح صحيحا .

والحاصل : أن النكاح إذا كان صحيحا يعتبر فيه ما ذكر يوم العقد ، هذا إذا كان النكاح تفويضا كما هو الموضوع ، بل وكذا إذا كان نكاح تسمية ، وإذا كان فاسدا ، كان متفقا على فساده أو مختلفا فى فساده ، يعتبر فيه ما ذكر يوم الوطء ، كان نكاح تفويض ، أو تسمية ، والفرق بين الصحيح وغيره : أن الصحيح منعقد فيجب العوض فيه يوم العقد ، والفاسد منحل ، فالعوض فيه بالقبض الذى هو الوطء .

قوله : (لأنه) أى : العقد .

قوله : (من حقوق النكاح) أى العقد ، ففى العبارة إظهار فى موضع الإضمار .

ولا بالموت ، فإن مات أحدهما توارثا ، ولا صداق إلا بفرض وأثبته بعضهم بالموت (فَإِنْ فَرَضَ) الزوج (لَهَا) أي : الزوجة المنكوحة على التفويض (صَدَاقَ الْمِثْلِ لَزِمَهَا) ما فرض لها على المذهب (وَإِنْ كَانَ) ما فرض لها (أَقَلَّ) من صداق مثلها ، مثل : أن يفرض لها خمسين دينار ، وصداق مثلها مائة (فَهِيَ مُخَيَّرَةٌ) فى الرضا به ورده (فَإِنْ) رضيت به ، وكانت ثيبا رشيدة لزمها ذلك ما لم ينقص عن ربع دينار ، وإن لم ترض به بأن (كَرِهَتْهُ فُرِّقَ بَيْنَهُمَا) بطلقة بائنة ، لأنها قبل الدخول ، وأما ذات الأب ، والوصى ، فاختلف ، هل لهما الرضا بأقل من صداق المثل ؟ على ثلاثة أقوال : مشهورها الصحة من الأب قبل البناء وبعده ، ومن الوصى قبل البناء فقط .

وقوله : (به) أى : بالنكاح .

قوله : (وأثبته بعضهم بالموت) ضعيف .

قوله : (لزمها ما فرض لها) أى : لأنها بمنزلة الواهب للثواب ، وهو إنما يلزمه قبول الثواب إن كان قدر القيمة ، ولا يلزم الزوج أن يفرض المثل بل لا يلزمه الفرض أصلا .

قوله : (على المذهب) مقابله : أنه لا يلزمها إلا أن ترضى ، ذكره : ابن ناجى .

قوله : (وكانت ثيبا رشيدة) وأما غير الرشيدة ، فلا يجوز لها الرضا بأقل من صداق المثل .

قوله : (بأن كرهته) أى : كرهت الرشيدة الأقل ، أو كانت المنكوحة – تفويضا – غير رشيدة ، وامتنع الزوج من فرض المثل .

وقوله : (فرق) أى : إن شاءت الرشيدة ، أو ولي غيرها ، والمراد بالرشيدة أى : من جهة أبيها ، أو من جهة الشرع : بأن صارت محسنة التصرف وحكم القاضى بترشيدها ، وسواء كان قبل الدخول أم لا .

قوله : (فاختلف) حاصل الأقوال ، الأول : صحة الرضا منهما قبل البناء وبعده ، وعدمها منهما ، وصحته فى الأب بدونه مطلقا ، أى : فى محجورته مجبرة أو لا ، وظاهر التوضيح : أن محجورته لسفه غير مجبرة لابد من رضاها معه ؛ ومن الوصى قبل البناء فقط ، أى : فى السفيه المتولى عليها ، وهذا هو المشهور ، أى : إذا كان ذلك نظرا كرجاء حسن

ثم استثنى من المسألة التى تخير فيها صورتين فقال : (إِلَّا أَنْ يُرْضِيَهَا) بزيادة شيء على ما سماه ، ما لم يبلغ صداق المثل (أَوْ يَفْرِضَ لَهَا صَدَاقَ مِثْلِهَا) بعد أن فرض لها دونه (فَيَلْزَمُهُ) ما أرضاها به فى الصورة الأولى ، وصداق المثل الذى فرضه ثانيا فى الثانية .

(وَإِذَا ٱرْتَدَّ) أى قطع (أَحَدُ الزَّوْجَيْن) الإسلام ، ودخل فى دين غير دين الإسلام نسأل الله السلامة والعافية من ذلك (ٱنْفَسَخَ النِّكَاحُ) بينهما ساعة ارتداده

عشرة الزوج لها ودوامها ، لا بعد البناء ولو مجبرة ؛ وأما التى لا أب لها ولا وصى ، فقال ابن القاسم : لا يعتبر رضاها وقال غيره : يعتبر . والقولان فى المدونة ، وشهر فى المختصر قول ابن القاسم .

قوله: (إلا أن يرضيها) أى : الرشيدة ، أو ولى غيرها .

قوله : (فيلزمها) ولا خيار لها ، ومثلها ولى غير الرشيدة . وإنما صرح بهذا بعد قوله : فإن فرض صداق المثل لزمها ، بحمل ما سبق على فرضه لها ابتداء ، وهذا فى حكم الفرض بعد الامتناع من الدون .

قوله : (قطع أحد الزوجين الإسلام) أى : بكلمة مكفرة ، أو بإلقاء مصحف فى قذر .

قوله : (الإسلام) مفعول قطع ، لا أنه مفعول ارتد ، لأنه لازم ، ولا مانع من كون الفعل لازما ، ويفسر بمعنى فعل متعد ، هذا ما يتعلق بتفسيره ، ولو فسره بما هو موافق للغة من أن معنى ارتد الشخص ، أى : رجع عن الإسلام إلى الكفر لما احتجنا لما ذكر ، فتدبر .

قوله : (والعافية) بمعنى ما قبله .

قوله : (انفسخ النكاح) ولو ارتد الزوج المسلم لدين زوجته النصرانية أو اليهودية ، ومحل ذلك ما لم يقصد المرتد منهما بردته فسخ النكاح ، وإلا فلا فسخ ؛ وعليه لو أسلم المرتد فالزوجية باقية ، ولا تحتاج لعقد ولا رجعية لبقاء العصمة ، وإن قتل على ردته فلا يرث الآخر ، ويعتبر ردة غير البالغ على المشهور ، فيحال بينهما .

واتفق على أنه لا يقتل إلا بعد بلوغه ، واستتابته ؛ وينبنى على أن ردته معتبرة ، أنه لا تؤكل ذبيحته ، ولا يصلى عليه .

(بِطَلَاقٍ) بائن على المشهور ، لا رجعة له عليها إذا أسلم فى عدتها (وَقَدْ قِيلَ) الفسخ (بِغَيْرِ طَلَاقٍ) وهو رواية ابن أبى أويس ، وابن الماجشون ، ووجِّه بأنهما مغلوبان على فسخه ، لقوله تعالى : ﴿ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ ﴾ [الممتحنة : ١٠] ووجه الأول : أن النكاح صحيح ثابت فلا ينحل إلا بطلاق .

(وَإِذَا أُسْلَمَ) الزوجان (الْكَافِرَانِ) سواء كانا كتابيين أو غيرهما ، أسلما قبل الدخول أو بعده ، سواء كان النكاح بولى وصداق أو لا (ثَبَتَا عَلَى نِكَاحِهِمَا) ما لم يكن ثم مانع ، مثل أن يكون بينهما نسب ، أو رضاع .

والردة بعد الدخول الأمر فيها ظاهر ، وقيل : إن كانت من الزوج غرم لها النصف ، وإن كانت من الزوجة فلا شىء لها ، لأن الفراق من قبلها ، ولو ادعى رجل ردة زوجته وخالفته ، بانت عنه لإقراره بردتها . وأفهم – الزوجين – أن أم الولد لا تحرم على سيدها بارتداده ، وهو كذلك .

قوله : (على المشهور) راجع لكل من الموصوف وصفته ، أى : بطلاق على المشهور ، بائن على المشهور ، وقيل بعد الارتداد طلاقا رجعيا ؛ وثمرة القولين ظاهرة .

قوله : (وقد قيل الفسخ بغير طلاق) قال فى التحقيق : وفائدة الخلاف إذا ارتد أحدهما قبل الدخول وبعد التسمية ، هل لها نصف الصداق أو لا ؟ وإذا أسلم المرتد منهما وتزوجها بعد ذلك ، هل تكون عنده على تطليقتين أو على ثلاث ؟ اهـ .

قوله : (مغلوبان على فسخه) أى : مقهوران على فسخه .

قوله : (بعصم الكوافر) أى : لا يكن بينكم وبينهن عصمة ، ولا علقة زوجية ، والكوافر : جمع كافرة .

قوله : (وإذا أسلم الزوجان الكافران) أى : فى وقت واحد بحضرتنا ، أو جاءا إلينا مسلمين ، ولو أسلم أحدهما بعد الآخر .

قوله : (ثبتا على نكاحهما) لأن الإسلام يصحح أنكحتهم الفاسدة .

قوله : (ما لم يكن ثم مانع الخ) أما إذا كان ثم مانع من الاستدامة فسخ النكاح ، مثل : أن يكون بينهما نسب ، أو رضاع ، أو تزوجها فى العدة ، ووقع إسلامهما قبل انقضائها .

(وَإِنْ أَسْلَمَ أَحَدُهُما) أى : الزوجين (فَذَلِكَ فَسْخٌ بِغَيْرِ طَلَاقٍ) على المشهور ، وصوروا هذه المسألة بصور منها : أن يسلم الزوج وتحته مجوسية أو نحوها ممن ليست من أهل الكتاب ، ولم تسلم (فَإِنْ أَسْلَمَتْ هِيَ) أى : الزوجة ، كتابية أو غيرها ، قبل زوجها الذى بنى بها (كَانَ أَحَقَّ بِهَا إِنْ) كان حاضرا و (أَسْلَمَ) وهي (فِي الْعِدَّةِ) ولو طلقها فى العدة ، إذ لا عبرة بطلاق الكافر ، ولا نفقة لها فيما بين الإسلامين إلا أن تكون حاملا فلها النفقة والسكنى ؛ وقيدنا كلامه بأنه بنى بها ، احترازا مما لو أسلمت قبل أن يبنى بها ، فإنها تبين منه مكانها ؛ وبحاضر احترازا مما لو كان غائبا ، ثم قدم وادعى أنه أسلم قبل انقضاء العدة ، فلا يصدق إلا ببينة ، ما لم يعقد عليها الثانى .

قوله : (فذلك فسخ بغير طلاق) أى : الإسلام فسخ بغير طلاق على المشهور . وسمع عيسى بطلاق .

قوله : (ولم تسلم) أى : لم تسلم بالقرب ، أى : فى كالشهر ، وأما إذا لم يبعد الزمان بين إسلاميهما بل كان قريباً كالشهر ونحوه ، فيقر عليها دخل بها أو لا . وهل يتقرر النكاح فى الشهر إن غفل عنها ، ولم توقف حين أسلم ، وأما إن لم يغفل ، فيعرض عليها الإسلام حين إسلامه ، فإن أبته وقعت الفرقة بينهما ؛ أو يقرر النكاح فى الشهر مطلقا ، غفل عن إيقافها أم لا ؟ تأويلان . ومثل الإسلام التهود والتنصر .

وقول الشارح : (منها) أى : ومنها أن تسلم الزوجة أو لا ، ويبقى الزوج حتى انقضت عدتها .

قوله : (وهى فى العدة) وأما لو أسلم بعدها فلا يقر عليها ، لأن إسلامه كالرجعة ، ولا رجعة بعد انقضاء العدة .

قوله : (إلا أن تكون حاملا) فلها النفقة والسكنى ، لكن لا يخفى أن السكنى لها على كل حال .

قوله : (ما لم يعقد الخ) فى العبارة حذف ، والتقدير : فإن كان ببينة فيصدق ، ويكون أحق بها ما لم يعقد عليها الثانى ؛ والصواب : ما لم يدخل بها الثانى غير عالم بإسلام زوجها فى عدتها ، وإلا فاتت . ومثل الدخول التلذذ ، وإنما كان الصواب ما قلنا ، لأن العقد لا يفوتها

تنبيه : إطلاق الشيخ وغيره على الاستظهار عدة مجاز ، لأن العدة محصورة فى الطلاق والوفاة ، وهذه ليست واحدة منهما ، واختلف هل هو حيضة أو ثلاث حيض ؟ قولان .

(وَإِنْ أَسْلَمَ هُوَ) أى : الزوج قبلها (وَكَانَتْ كِتَابِيَّةً ثَبَتَ عَلَيْهَا) أى : أقر على نكاحها ما لم يكن ثم مانع من الاستدامة ، كما تقدم ، سواء كان الإسلام قبل الدخول ، أو بعده (فَإِنْ) لم يكن كتابية بل (كَانَتْ مَجُوسِيَّةً) فلا يخلو إما أن تسلم مكانها أو لا (فَإِنْ أَسْلَمَتْ بَعْدَهُ مَكَانَهَا كَانَا زَوْجَيْنِ) ما لم يكن ثم مانع من الاستدامة (وَإِنْ) لم تسلم بعده مكانها بل (تَأَخَّرَ ذَلِكَ) أى : إسلامها عن إسلامه (فَقَدْ بَانَتْ مِنْهُ) وما قاله فى المجوسية خلاف ما فى المختصر وهو : إن أسلمت بعد زوجها ، ولم يبعد ما بين إسلامهما ، ثبت نكاحهما سواء كان قبل البناء أو بعده ، وإن لم تسلم بعد إسلامه ، أو أسلمت على بعد ، فسخ النكاح بغير

على الأول إلا إذا ثبت بعد حضوره فى غيبته أنه أسلم قبل إسلامها ، فلا تفوت بدخول الثانى على المشهور ، وكذا إن أسلم فى عدتها مع حضوره بالبلد وما فى حكمه ، ولم يعلم بتزوجها بالثانى فلا تفوت بدخول الثانى أيضا ، لأنها ذات زوج ، ولعدم عذر الثانى فى عدم إعلام الأول ، بخلاف ما إذا كان غائبا ، وأما إذا كان حاضرا عقدها على غيره ، فيفوت عليه بمجرد العقد .

قوله : (على الاستظهار) أى : الاستبراء .

قوله : (مجاز) أى : مجاز المشابهة فهو استعارة .

قوله : (واختلف الخ) سبب الخلاف اختلافهم فى الحيض الثلاث : هل هى كلها استبراء ، أو بعضها استبراء وبعضها عبادة ؟ فمن قال استبراء كلها ، قال تستبرئ بثلاث ، ومن قال إن الزائد على حيضة فى الحرة المسلمة عبادة ، قال تستبرئ بحيضة ، لأنها كافرة غير متعبدة . والقولان قائمان من المدونة . والمستفاد من إطلاقهم ترجيح القول بالثلاث .

قوله : (خلاف ما فى المختصر) أى : فإن ظاهر المصنف : أن البينونة تحصل بمجرد التأخر وعبارة التحقيق ما ذكره من التفصيل هو أحد قولى ابن القاسم ، وقوله الآخر وهو الذى صدر به ابن الحاجب ، وشهر فى المختصر إلى آخر ما هنا وهى أوضح ، والراجح ما فى المختصر .

طلاق . قال فى المدونة : قلت : كم البعد ؟ قال : لا أدرى ، الشهر ونحوه قليل ، وفى بعض الروايات : وأرى الشهرين بُعْدا .

(وَإِذَا أَسْلَمَ مُشْرِكٌ وَعِنْدَهُ) من النسوة (أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعٍ فَلْيَخْتَرْ) نسوة منهن (أَرْبَعًا) ممن يجوز نكاحهن فى الإسلام ، سواء كن أوائل أو أواخر قبل الدخول أو بعده ، عقد عليهن فى عقد واحد أو فى عقود مختلفة ، أسلمن معه أو أسلم هو وكن كتابيات ، والاختيار يكون بلفظ صريح ، أو ما يدل عليه من لوازم النكاح (وَ) بعد أن يختار منهن أربعا (يُفَارِقُ بَاقِيَهُنَّ) بغير طلاق على المشهور ،

قوله : (قال لا أدرى) أى : قال ابن القاسم : لا أدرى الشهر الخ كما يستفاد من عبارة غير واحد ، والظاهر : أن السائل له سحنون .

وقوله : (وأرى الشهرين بعدا) خلاف الصواب ، والصواب : قريبا ، كما يدل عليه نصوصهم ، بل وفى البعض التصريح به ، أى : وفى بعض روايات التهذيب : شهرين بدل الرواية الأولى التى هى الشهر ونحوه قليل .

أقول : ولا تنافى بين الروايتين بأن يفسر النحو بالشهر ، فتدبر . والله أعلم .

قوله : (وإذا أسلم مشرك) المراد كافر .

قوله : (فليختر) بنفسه إن كان بالغا ، أو وليه إن كان صبيا ، ولو أحرم أو مرض بعد إسلامه وقبل اختياره ، ولو كانت تلك النساء إماء حيث أسلمن معه ، ولو فقدت شروط تزوج الأمة على المعتمد ، أو كن كتابيات .

قوله : (سواء كن أوائل أو أواخر) المناسب تأخير هذا بعد قوله : أو فى عقود ، كما هو ظاهر لمن تأمل .

قوله : (أو ما يدل عليه) أى : الاختيار .

وقوله : (من لوازم النكاح) أى : كطلاق ، أو ظهار ، أو إيلاء ، أو وطء ، أو لعان من الرجل فقط ، لأنه منها فسخ ، وله الاختيار ولو بعد موت المختارة ، وفائدته : إرثها إن كانت حرة ومسلمة .

قوله : (بغير طلاق) أى : أن مفارقة الباقى ليست طلاقا على المشهور ، ومقابله : يقول إنها طلاق .

والأصل فيما ذكر حديث غيلان . وقيدنا بمن يجوز نكاحهن ، احترازا من المحارم ، لما صح أن فيروز قال : يَارَسُولَ ٱللهِ إِنِّى أَسْلَمْتُ وَتَحْتِى أُخْتَانِ فَقَالَ : « إِخْتَرْ أَيَّتَهُمَا شِئْتَ » (١) .

ثم انتقل يتكلم على من يتأبد تحريم نكاحها فقال : (وَمَنْ لَاعَنَ زَوْجَتَهُ لَمْ يَحِلَّ لَهُ أَبَداً) زاد فى الموطأ : وإن كذب نفسه جلد الحد وألحق به الولد ، ولم ترجع إليه أبدا . (وَكَذَلِكَ) مثل تأبيد تحريم الزوجة الملاعنة (الَّذِى يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ) بمعنى يعقد عليها وهى (فِى عِدَّتِهَا) من غيره ، سواء كانت عدة وفاة ،

والحاصل : أن فسخ الباقى ، المشهور : أنه بغير طلاق ، ومقابله : يقول إنه طلاق ، وعليه ابن المواز ، وابن حبيب ، وفائدة الخلاف : أنه لو أسلم على عشر نسوة ، ولم يدخل بواحدة ، واختار أربعا ، وفارق الباقى ، فلا مهر لهن ، وعند ابن المواز : لكل واحدة منهن خمس صداقها ، لأنه لو فارق الجميع لزمه صداقان ، وعند ابن حبيب : نصف صداقها .

قوله : (حديث غيلان) قال فى التحقيق : والأصل فى ذلك ما رواه الشافعى ، والبيهقى ، وغيرهما : أن غيلان الثقفى أسلم وله عشر نسوة فى الجاهلية فأسلمن معه ، فقال النبى ﷺ : « أَمْسِكْ أَرْبَعاً وَفَارِقْ بَاقِيَهُنَّ » (٢) .

قوله : (ومن لاعن) أى : من المسلمين زوجته المسلمة ولاعنته ، لم تحل له أبدا ، وإن ملكت ، أو أنفش حملها . وأما لعانه دون لعانها ، فلا فسخ ، ولا تأبيد تحريم . وقيدنا بالمسلمين ، احترازا عن الكفار ، فلا يصح اللعان منهم إلا أن يترافع الزوجان إلينا راضيين بحكمنا ، فنحكم بينهما بحكم الإسلام .

قوله : (الذى يتزوج الخ) فى العبارة حذف ، والتقدير : تأبيد تحريم الذى الخ .

قوله : (من غيره) إنما قيد بذلك ، لأن تزوج البائن منه بدون الثلاث جائز ، والمبتوتة منه ، وإن حرم نكاحه لها قبل زوج ، وإن كان يفسخ ويحد ، لا يتأبد تحريمها عليه .

---

(١) سنن ابن ماجه : ٦٢٧/١ تحقيق محمد فؤاد عبد الباقى طبع الحلبى ١٩٥٣ .

(٢) الموطأ : ٥٨٦/٢ ، وسنن ابن ماجه : ٦٢٨/١ .

أو طلاق ولو رجعيا (وَيَطَؤُهَا فِي عِدَّتِهَا) ظاهر كلامه : أنه لو عقد فى العدة ، ودخل بعدها لا تحرم ، والمشهور : تأبيد الحرمة ، والقبلة ونحوها كالوطء ، بشرط وقوع ذلك فى العدة كذا فى المختصر . وظاهر كلام الشيخ : أنها لا تحرم بذلك (وَلَا نِكَاحَ) جائز لازم (لِعَبْدٍ وَلَا لِأَمَةٍ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ السَّيِّدُ) فلو تزوج العبد بغير إذن السيد ، ثم علم بعد ذلك ، فله الخيار : إن شاء أمضاه ، وإن شاء فسخه بطلقة بائنة ، لأنه أدخل على ملكه نقصا ، ثم إن كان الفسخ قبل البناء فلا شيء

تنبيه : ما جعله ظاهر كلامه وجعله خلاف المشهور ، هو مذهب ابن نافع .

وقوله : (كذا فى المختصر) إشارة إلى أن هناك قولًا آخر ، وهو كذلك ، ففى كتاب ابن المواز ما معناه : أنها لا تحرم بمقدمات الوطء .

قوله : (ولو رجعيا) فيه نظر ، لأن الرجعية ذات زوج ، وإن كان تزوجها بغير زوجها حراما ويفسخ ، لكن لا يتأبد تحريمها على من تزوجها .

قوله : (ولا نكاح لعبد الخ) أى : ولو بشائبة حرية : كمكاتب ، ومكاتبة .

قوله : (إلا أن يأذن السيد) لأن تزويج الرقيق عيب .

قوله : (فلو تزوج) تفريع على قوله لازم ، فتدبر .

قوله : (فله الخيار) ووارث السيد كَهُو ، ولو اختلف الورثة فى الرد والإمضاء لكان القول لمريد الرد ، ولا شيء للمرأة فى الفسخ قبل الدخول .

قوله : (وإن شاء فسخه) هذا ما لم يبعه ، فإن باعه السيد قبل علمه بعيب التزويج فلا مقال له ، لأنه قد صار فى ملك غيره ، اللهم إلا أن يرد العبد عليه بوجه ، فله فسخ نكاحه . وأما إن باعه بعد علمه بالعيب ، فلا مقال له إن رد عليه ، لأن ذلك يدل على أنه رضى بالعيب قبل البيع ، وكذلك إن أعتقه قبل علمه بعيب التزويج أو بعده ، لأن حقه قد سقط بالعتق قاله : ابن عمر .

قوله : (بطلقة بائنة) أى : أن ذلك الفسخ طلقة بائنة .

وقوله : (لأنه أدخل) تعليل لقوله : فله الخيار .

على العبد ، وإن كان بعده استرد السيد ما أخذته الزوجة من الصداق إلا ربع دينار ، فإن عتق العبد أتبعته بما أخذه السيد . وأما الأمة إذا تزوجت بغير إذن السيد ، فإن وكلت رجلا يعقد نكاحها ، فالمشهور : أن حكمها حكم العبد ، إن شاء السيد أمضاه ، وإن شاء فسخه ؛ وإن باشرت العقد بنفسها ، فليس للسيد الإجازة بحال بل يجب الفسخ اتفاقا ، والفرق بينها وبين العبد : أن السيد أهل للعقد على نفسه بخلاف الأمة .

قوله : (استرد السيد ما أخذته) إن كانت أخذت الزائد .

قوله : (إلا ربع دينار) وذلك الربع فى مال العبد ، وفى حكم العبد : المكاتب ، والمعتق لأجل .

قوله : (اتبعته بما أخذه السيد الخ) الإتباع مشروط بعدم إبطال السيد ، أو السلطان عند غيبة السيد ، أو دفع السيد له ما فى ذمة العبد قبل العتق ، فإن أبطله أحدهما قبل العتق ، لم يتبع بعد عتقه بشيء . وحكم المكاتب ، والمدبر ، والمعتق لأجل ، والمعتق بعضه ، فى جميع ما ذكر حكم القن ؛ لكن المكاتب يسقط عنه إن لم يغر ، أو غر ورجع رقيقا ، لا إن خرج حرا .

قوله : (فالمشهور الخ) فيه نظر ، بل يجب رده سواء عقد لها رجل بتوكيلها ، أو عقدت لنفسها ، ولو عقد للأمة أحد الشريكين بصداق مسمى لم يجز ، وإن أجازه الآخر ، ويفسخ ولو دخل بها ، ويكون المسمى بعد الدخول بين الشريكين ، وإن نقص المسمى عن صداق المثل أتم للغائب نصف صداق المثل ، حيث لم يرض بالمسمى .

قوله : (ثم شرع يتكلم على بعض الخ) أى فشروط الولى ثمانية ، كما أفاده فى التحقيق : الذكورية ، والحرية ، والإسلام ، والبلوغ ، والعقل ، وأن يكون حلالا . قال فى التحقيق : احترازا من الصغير ، فإنه لا يلى أمر نفسه ، فكيف يلى أمر غيره ؟ والمجنون ، والمعتوه الضعيف العقل ، لايصح عقد واحد منهما . والمحرم بحج ، أو عمرة ، لا يصح عقد نكاحه .

وهذه الستة متفق عليها ، والسابع ، والثامن ، اختلف فيهما ، وهما : الرشد ، والعدالة .

ثم شرع يتكلم على بعض شروط الولى بذكر أضداد ، فقال : (وَلَا تَعْقِدُ ٱمْرأَةٌ وَلَا عَبْدٌ وَلَا مَنْ عَلَى غَيْرِ دِينِ الإِسْلَامِ نِكَاحَ ٱمْرَأَةٍ) أما **الأول** وهو : الذكورية ، فشرط اتفاقا . فالمرأة لما لم يجز أن تعقد على نفسها ، كان عقدها على غيرها من النساء أحرى ، إذ لا يجوز ، سواء كان المعقود عليها بكرا أو ثيبا ، وظاهر كلامه : أنها تعقد على الذكر وهو كذلك على المشهور فى عبدها ، والصغير فى حجرها . والفرق من ثلاثة أوجه ذكرناها فى الأصل .

أما الرشد فنص فى المختصر : على أن السفيه يعقد بإذن وليه إذا كان ذا رأى ، ولا يعقد إذا كان ضعيف الرأى .

وأما العدالة ، فقال فى الجواهر : المشهور أن الفسق لا يسلب الولاية ، وإنما يقدح فى كمال العقد دون صحته اهـ .

قوله : (ولا تعقد امرأة) أى : نكاح غيرها ، كما هو المتبادر من المصنف والشرح ، ولو كانت مملوكتها ، أو من فى وصيتها ؛ ويجب عليها أن توكل رجلا يعقد على مملوكتها ، أو من فى وصيتها ، لأن شرط ولى المرأة الذكورة ؛ فإن عقدته ولو على نفسها كان باطلا .

قوله : (ولا عبد الخ) ولو كانت بنته ، أو أمه ، أو أمته ، والحق لسيده .

قوله : (أما الأول وهو الذكورية فشرط اتفاقا) لا مفهوم للأول بل وكذا ما بعد لما علمت .

قوله : (إذ لا يجوز) لا معنى لهذا التعليل ، وفى بعض النسخ : أحرى أن لا يجوز الخ ، وهي ظاهرة .

قوله : (وهو كذلك على المشهور فى عبدها ، والصغير فى حجرها) فيه قصور ، ولذلك زاد على ما ذكر فى التحقيق : ومن وكلها ممن يعقد على نفسه ، ومقابل المشهور : ظاهر المدونة من المنع مطلقا .

قوله : (والفرق من ثلاثة أوجه الخ) **أحدها** : ما ذكره ابن القاسم : من أن الصبى أهل للعقد على نفسه بعد البلوغ ، وكذلك العبد بعد العتق والإذن ، بخلاف الأنثى .

وأما **الثانى** وهو : الحرية ، فالعبد ، ومن فيه بقية رق ، لا ولاية له إلا المكاتب فى أمته ، فإنه يتولى عقد نكاحها .

وأما **الثالث** وهو : الإسلام ، فلا ولاية لكافر على مسلمة ، وله الولاية على الكافرة .

(وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ رَجُلٌ آمْرَأَةً لِيُحِلَّهَا) أى : يقصد أن يحلها (لِمَنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثاً) إن كان حرا ، أو ثنتين إن كان عبدا ، لقوله ﷺ : (أَلَا أُخْبِرُكُمْ بِالتَّيْسِ آلْمُسْتَعَارِ ؟ قَالُوا بَلَى يَارَسُولَ آللهِ قَالَ : هُوَ آلْمحَلِّلُ . ثُمَّ قَالَ : لَعَنَ آللهُ

ثانيها : أن الصبى قادر على رفع العقد إن كرهه ، بخلاف الأنثى .

ثالثها : أنه لا ولاية عليه فى طلب الكفاءة ، وليس كذلك الأنثى . ذكرها فى التحقيق .

قوله : (إلا المكاتب فى أمته فإنه يتولى عقد نكاحها) هذا خلاف الصواب ، بل الصواب أنه لا يتولى بل يجب عليه أن يوكل من يباشر العقد ، كما يجب على الرقيق الوصى التوكيل فى عقد من فى وصيته ، نعم له أن يزوج أمته قهرا على سيده ، لأنه أحرز نفسه وماله ، لكن بشرط أن يكون فى نكاح أمته غبطة ومصلحة ، بأن دفع الزوج لها صداقا واسعا بحيث يزيد على ما يجبر عيب التزويج ، ويزيد على صداق مثلها ، كأن يكون ثمنها خمسين وبعيب التزويج أربعين ، وصداق مثلها ، بقطع النظر عن كون تزويجها عيبا ، عشرة – مثلا – فيزوجها بأحد وعشرين ، فهى أزيد من صداق مثلها ومن عيب التزويج معا .

قوله : (وله الولاية على الكافرة) زوجها لمسلم أو كافر ، فإن لم يكن للكافرة ولى خاص فأساقفتهم ، فإن امتنعوا ، ورفعت أمرها للسلطان جبرهم على تزويجها ، لأنه من رفع التظالم ، ولا يجبرهم على تزويجها من خصوص مسلم .

قوله : (أى يقصد أن يحلها الخ) أى : فالباعث له على التزويج قصد الإحلال ، أى : أو قصد الإحلال مع نية إمساكها إن أعجبته ؛ والعبرة بالنية وقت العقد ، فلو طرأت له نية التحليل عند الوطء لا يضر . وينبغى أنه لو شرط عليه أن يحلها ، ونيته هو الإمساك ، يحلها فى الباطن لا الظاهر ، واستظهره **عج** .

ٱلْمُحَلِّلَ وَٱلْمحَلَّلَ لَهُ) [١] رواه الدارقطني ، والترمذي وقال : حديث حسن صحيح (ولا يُحِلُّهَا ذَلِكَ) التزويج مع الوطء لمن طلقها البتات ، وإذا عثر على هذا النكاح فسخ قبل البناء وبعده بطلقة ، ولها بالبناء صداق المثل ، فإن تزوجها الأول بهذا النكاح فسخ بغير طلاق . ويعاقب من عمل بنكاح المحلل : من زوج ، وولى ،

قوله : (التيس المستعار) التيس : الذكر من المعز إذا أتى عليه حول ، وقبل البلوغ جذع ، قاله فى المصباح .

قوله : (هو المحلل) أى : ففى قوله التيس تشبيه الرجل المحلل بالتيس ، واستعارة اسمه له على طريق التصريح بجامع الدناءة ، إشارة إلى أنه بمثابة حيوان بهيمى دنىء ، لقلة الرغبة فى اقتنائه لقلة منفعته ، كيف وقد وصفه بكونه مستعارا لاثبات له ؟ ثم قال : لعن الله المحلل والمحلل له . سماه محللا باعتبار زعمهم . والمحلل – بكسر اللام الأولى – الذى يتزوج مطلقة ثلاثا بعد العدة ، والمحلل له هو الزوج الأول . قال فى التحقيق : وسكت ﷺ عن الولى ، والمرأة ، والشهود ، مع أن الحرمة لاحقة لكل ، لتعلق الحرمة بالزوجين أشد ، ولذلك أخبر النبى ﷺ : بأن الله لعنهما ، أى : طردهما عن رحمته إن كانت الجملة خبرية معنى ، ويجوز أن تكون إنشائية معنى .

قوله: (التزويج) المناسب لقوله : أن يتزوج ، أن يقول : ولا يحلها ذلك الزوج .

قوله : (بطلقة) أى ذلك الفسخ طلاق ، قال **تت** : أى : بائنة . وعبارة بعض : ويفرق بينهما قبل البناء وبعده بتطليقة بائنة .

قوله : (ولها بالبناء صداق المثل) هكذا قال ابن عبد الحكم ، وقال محمد : بل لها المسمى ، وصرح به **تت** قائلا : ولها المسمى إن أصابها . وكلام محمد هو الأصح ، كما قال ابن الحاجب . وقول ابن عبد الحكم هو المناسب ، كما قرر .

تنبيه : محل فساد نكاح المحلل ما لم يحكم بصحته من يرى ذلك ، فإن حكم بصحته من يرى ذلك كالشافعى ، فإنه يجوز للمالكى أن يطأ مبتوتته بعد ذلك .

---

(١) سنن الترمذى كتاب النكاح باب ما جاء فى المحلل والمحلل له : ٤٢٨/٣ وقال : والعمل عليه عند أهل العلم – طبعة الصاوى – مصر ١٩٣٤ سنن ابن ماجة : ٦٢٣/١ – سنن أبى داود : ٣٠٧/٢ وقد تكلم المناوى عن طرقه فى فيض القدير : ٢٧١/٥ مصر الطبعة الأولى ١٣٥٦ . وانظر أيضا : معالم السنن للخطابى : ١٩٣/٣ طبع حلب ١٣٥١ .

وشهود ، وزوجة . وظاهر كلامه إن قصد المطلق أو الزوجة التحليل بنكاح الثانى لا يضر وتحل به ، وهو كذلك .

(وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُحْرِمِ) بحج أو عمرة (لِنَفْسِهِ وَلَا يَعْقِدُ نِكَاحاً لِغَيْرِهِ) لما صح أنه ﷺ قال : « لَا يَنْكِحُ ٱلْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكِحُ وَلَا يَخْطُبُ » [1] فإن وقع نكاحه ، أو إنكاحه ، فسخ أبدا قبل الدخول و بعده بطلاق على المشهور ، ولا يتأبد التحريم . وإذا فسخ قبل الدخول فلا شيء لها ، وإن فسخ بعده فلها الصداق ، لأن كل

قوله : (لا يضر وتحل الخ) والظاهر لا حرمة عليهم ، وإنما كانت نية من ذكر لا تضر دون نية المحلل ، لأن الطلاق بيده ، قاله بعض الشراح .

قوله : (لا ينكح المحرم) بفتح أوله .

وقوله : (لا ينكح) بضم أوله .

وقوله : (ولا يخطب) أى : يحرم عليه ، وكذا يحرم عليه أن يحضر نكاحا .

قوله : (فإن وقع نكاحه الخ) لا خصوصية لذلك بما إذا كان المحرم هو الزوج ، بل متى كان أحد الزوجين محرما ، أو الولى ، أو الوكيل محرما حال العقد ، فالفساد وأولى أكثر من واحد ، ولا يراعى وقت التوكيل قاله : **عج** . وهذا كله فى الولى الخاص ؛ وأما الحاكم والقاضى يكون كل منهما محرما ، ويوكل حلالا ، فيصح عقد الوكيل الحلال .

قوله : (وبعده) ولو ولدت الأولاد .

قوله : (بطلاق على المشهور) أى : لأن النكاح المختلف فى فسخه بطلاق ، وهذه المسألة مختلف فيها ، فإن أبا حنيفة يجيز للمحرم أن ينكح وينكح .

قوله : (على المشهور) ومقابله : يقول بغير طلاق ، والخلاف فى كل مختلف فيه ، كما أفاده بهرام .

قوله : (ولا يتأبد التحريم) إنما ذكره ردا على القول الثانى من تأبيد التحريم ، قياسا على النكاح فى العدة ، بجامع الاستعجال قبل الأوان .

قوله : (فلها الصداق) أى المسمى .

---

(١) الموطأ : ٣٤٨/١ . المسند للإمام أحمد : ٥٧/١ ، ٦٤ بتحقيق أحمد شاكر دار المعارف .
صحيح مسلم : كتاب النكاح ١٠٣٠/٢ - ١٠٣١ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقي طبع بيروت .

مدخول بها لها الصداق . ومنتهى الفسخ فى الحج الإفاضة ، وفى العمرة السعى .

(وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ المَرِيضِ) والمريضة مرضا مخوفا وهو الذى يحجر فيه عن ماله اتفاقا ، إن أشرف على الموت ، وعلى المشهور إن لم يشرف . وظاهر كلامه : أن نكاح المريض لا يجوز ولو احتاج إلى امرأة تقوم به ، وهو كذلك على أحد المشهورين ، والمشهور الآخر يجوز مع الحاجة ، ولا يجوز مع عدمها (وَ) إذا قلنا لا يجوز نكاح المريض ، فإنه (يُفْسَخُ) ظاهره : قبل البناء وبعده عثر عليه قبل

قوله : (الإفاضة) أى : إن كان قدم السعى وإلا فبعد تمام السعى ، ومحله أيضا : إذا حصل بعد صلاة ركعتى الطواف ، وظاهر كلامهم الصحة . وإن لم يكن رمى جمرة العقبة ؛ وأما إن حصل بعد السعى ، والطواف ، وقبل الركعتين ، فإنه يفسخ إن قرب ، – لا إن بعد – والظاهر الرجوع لبلده كما قال : عج ، أى : أو ما فى حكم الرجوع .

قوله : (وفى العمرة السعى) أى : ويندب تأخيره حتى يحلق .

قوله : (ولا يجوز نكاح المريض) يلحق به فى المنع كل محجور عليه : من حاضر صف القتال ، ومقرب لقطع ، ومحبوس لقتل ، وحامل ستة ، بأن يكون زوجها طلقها بائنا دون الثلاث وأراد أن يعقد عليها بعد مضى ستة أشهر فأكثر من حملها ، فإنه لا يجوز له ذلك ولا لها ، لأنها محجور عليها فى تلك الحالة .

قوله : (مخوفا) من باب الحذف والإيصال ، أى : المخوف منه ، فحذف الجار ، فانفصل الضمير ، فاتصل بعامله . واستعمل الشارح هنا صيغة الحذف والإيصال وهو مطروق ، وإن كان للسمين فيه نزاع .

قوله : (أن أشرف) راجع لأصل العبارة ، أى : لا يجوز نكاح المريض اتفاقا إن أشرف .

قوله : (وعلى المشهور إن لم يشرف) ومقابله : أنه إذا لم يكن مشرفا يجوز إن كان لحاجة لمن يقوم به ، أو فى الإصابة ، وإن لم يكن له حاجة فلا يجوز لأنه مضار .

قوله : (ولو احتاج إلى امرأة الخ) هذا هو أرجح القولين ، ويستثنى من المنع مسألة وهى : ما إذا كان رجل مريضا وزوجته حامل ، وطلقها طلاقا بائنا ، فإنه يجوز له أن يتزوجها حيث لم تقرب من الولادة ، وأما لو قربت منها منع . وأما لو كانت غير حامل ، فلا يجوز .

= سنن ابن ماجه ٦٣٢/١ – سنن أبى داود : ٤٢١/٢ الترمذى : ١٩٩/٣ بيروت .

الصحة أو بعدها ، وشهر فى المختصر : أنه إذا عثر عليه بعد الصحة لا يفسخ ، وظاهره أيضا : كانت الزوجة حرة ، أو أمة مسلمة ، أو كتابية ، أجازه الورثة أم لا ، وهل بطلاق أو بغيره ؟ قولان ، فإن لم يبن بها فلا شيء لها (وَإِنْ بَنَى بِهَا فَلَهَا الصَّدَاقُ فِي الثُّلُث مُبَدًّأً) ع : يريد صداق المثل على قول ابن القاسم . وقال ج : ظاهر كلام الشيخ : أن لها المسمى وإن كان أكثر من صداق المثل ، وهو قول عبد الملك .

قلت : والذى فى المختصر : أن المريضة لها بالدخول المسمى ، وأن المريض عليه الأقل من المسمى ومن صداق المثل .

ولعل الفرق بينهما : أنها إن كانت حاملا إرثها له تبع لما فى بطنها ، ولا كذلك غير الحامل ، لأنها وارث مستقل . كذا قرر وانظره .

قوله : (وشهر فى الخ) وهو الراجح .

قوله : (حرة أو أمة مسلمة أو كتابية أجازه الورثة أم لا) أى : وهو المشهور ، لأن العلة وهى إدخال وارث لم تؤمن ، لجواز عتق الأمة ، وإسلام الكتابية ، فيصيران من أهل الميراث ، لا يقال : الحق للوارث فينبغى جوازه بإجازته كالتبرع بزائد الثلث ، لأنا نقول : إخراج المال موقوف حتى يعلم الوارث بعد الموت ، فيحتمل موت المجيز وحدوث وارث غيره .

قوله : (وهل بطلاق) وهو الراجح ، لأنه من المختلف فيه كذا قرر .

وقوله : (أو بغير طلاق) أى : لأنه لحق الورثة .

قوله : (مبدأ) فى هذا الكلام نظر ، إذ يقدم عليه فى الثلث فك الأسير ، ومدبر الصحة .

قوله : (والذى فى المختصر أن المريضة لها بالدخول المسمى) يقضى لها به من رأس ماله ، قل أو كثر ، وكذا لو مات الزوج قبل أن يدخل بها ، فإنه يتقرر لها به ، لأنه مختلف فيه .

وقوله : (أن المريض عليه الأقل من المسمى ومن صداق المثل) أى : ومن الثلث ، فتحصل أن عليه الأقل من ثلاثة أشياء دخل بها أو لم يدخل .

والحاصل : أن للمريضة بالدخول أو الموت المسمى ، وعلى المريض بهما أى : بالدخول

(وَلَا مِيرَاثَ لَهَا) أى : لمن تزوجها فى المرض لنهيه عليه الصلاة والسلام عن إدخال وارث وإخراجه ، وليعامل بنقيض مقصوده (وَ) مع ذلك (لَوْ طَلَّقَ ٱلْمَرِيضُ ٱمْرَأَتَهُ لَزِمَهُ ذَلِكَ) الطلاق بلا خلاف ، لأنه عاقل مكلف (وَكَانَ الْمِيرَاثُ لَهَا مِنْهُ إِنْ مَاتَ فِى مَرَضِهِ ذَلِكَ) مات قبل الدخول أو بعده – كان الطلاق بائنا

أو الموت ، الأقل من ثلاثة أشياء ، هذا إذا مات أو ماتت ولم يحصل فسخ . وأما لو حصل فسخ فى حياته ، فإن كان قبل الدخول فلا شيء فيه ، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى تأخذه من الثلث مبدأ ، إن مات ، وإن صح تأخذه من رأس المال .

وبقى ما لو كان الزوجان مريضين ، والحكم أنه يغلب جانب الزوج ، فعليه إن دخل الأقل من ثلاثة أشياء : الثلث ، والمسمى ، وصداق المثل ، كما لو أفرد الزوج بالمرض .

قوله : (إن مات فى مرضه ذلك) وهذا كله إذا كان المرض مخوفا ، احترازا عن الخفيف ، فلا إرث لها إن مات فيه ، وكان ثلاثا ، أو بائنا ، ورجعيا ، يتوارثان . وهذا كله بالنسبة للميراث ، وأما غير الميراث من الأحكام فحكم المطلقة فى المرض حكم غيرها ممن طلقت فى غيره ، من وجوب جميع الصداق إن كان دخل بها ، والنصف إن لم يدخل بها ، وعدم صحة الوصية لها ، وإن قتلته خطأ ورثت من المال دون الدية ، وإن قتلته عمدا عدوانا لم ترث من مال ولا دية .

واعلم : أن ظاهر المصنف دخول الأمة ، والذمية ، إذا عتقت ، أو أسلمت بعد العدة قبل موته فإنها ترثه ، وهو كذلك عند ابن القاسم ؛ وأباه سحنون . ومفهوم طلق أنه لو ارتد فى مرضه وقتل مرتدا لم يورث ، إذ لايتهم بالردة على منع الميراث . وظاهر المدونة : ولو كان معروفا بالبغض لمن يرثه . اللخمى : لو رجع للإسلام ومات فى مرضه لم ترثه زوجته ، لأن ردته طلقة بائنة . فإن قيل : النهى يدل على فساد المنهى عنه ، ولا شك أنه عليه السلام نهى عن إخراج وارث ، كما نهى عن إدخاله ، فالشأن أنه لا يقع على المريض طلاق . **قلت** : النهى إنما يدل على فساد المنهى عنه إذا لم يقم دليل على خلاف ذلك ، وقد قام الدليل على أن العصمة لا تبقى بشك ، والشك حاصل فى العصمة فى هذه الحالة ، لأنه يحتمل أن يصح صحة بينة فيكون طلاقه كالواقع فى الصحة ؛ ويحتمل عدمه ، على أن ثم من يقول بجواز طلاق المريض .

قوله : (مات قبل أو بعده) أى : قبل الدخول أو بعده .

أو رجعيا – ولا يرثها هو إن كان الطلاق ثلاثا ، ويرثها إن كان رجعيا ما لم تخرج من العدة . ومفهوم الشرط أنه إذا صح من مرضه ، ومرض مرضا آخر فلا ترثه ، لأنه قد زال الحجر عنه الذى هو سبب ميراثها .

(وَمَنْ طَلَّقَ) من المسلمين الأحرار (ٱمْرَأَتَهُ) حرة كانت ، أو أمة مسلمة كانت ، أو كتابية مدخولا بها ، أو غير مدخول بها (ثَلَاثاً لَمْ تَحِلَّ لَهُ بِمِلْكٍ وَلَا نِكَاحٍ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ) للآية ، والمراد بالنكاح فى كلام الشيخ ، وفى الآية : الوطء ، دل عليه قوله ﷺ فى حديث امرأة رفاعة : « لَا حَتَّى تَذُوقِى عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ » (١) واحترز بذلك من وطء السيد أمته التى أَبَتّ زوجها طلاقها ، فإنه لا يحلها له .

قوله : (ثلاثا) أى إن كان حرا ، أو ثنتين إن كان عبدا ، حرة أو أمة فى الصورتين ، لأن المعتبر فى الطلاق الزوج عكس العدة .

قوله : (دل عليه قوله ﷺ الخ) لا دلالة ، لجواز أن النكاح فى الآية يراد به العقد ، ويكون مقيدا بالوطء . المأخوذ من الحديث .

قوله : (لا حتى الخ) فى حديث الصحيحين عن عائشة رضى الله عنها قالت : « جَاءَتْ ٱمْرَأَةُ رِفَاعَةَ ٱلْقُرَظِى إِلَى رَسُولِ ٱللهِ صَلَّى ٱللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَتْ : إِنِّي كُنْتُ عِنْدَ رِفَاعَةَ : فَطَلَّقَنِى فَبَتَّ طلاقى – أى : طلقنى ثلاثا – وفى رواية لمسلم : فَطَلَّقَهَا آخِرَ ثَلَاثِ تَطْلِيقَاتٍ ، فَتَزَوَّجَتْ بَعْدَهُ عَبْدَ ٱلرَّحْمٰنِ بْنَ ٱلزَّبِيرِ – بفتح الزاى – وَإِنَّمَا مَعَهُ مِثْلَ هُدْبَةِ ٱلثَّوْبِ – أى : فى الارتخاء – وفى رواية : فَٱعْتَرَضَ وَلَمْ يُصِبْهَا فَفَارَقَها ، فَتَبَسَّمَ ﷺ وَقَالَ : أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ ؟ لَا ، حَتَّى تَذُوقِى عُسَيْلَتَهُ وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ » (١) والمراد بالعسيلة : مغيب الحشفة ، ولا يشترط الإنزال عند الجمهور . قال فى المصباح : العسل يذكر ويؤنث ، وهو الأكثر ، ويصغر على عسيلة على لغة التأنيث ، ذهابا إلى أنها قطعة من الجنس

---

(١) الموطأ : ٥٣١/٢ . صحيح البخاري كتاب الطلاق فتح البارى ٣٦٢/٩ طبع المكتبة السلفية القاهرة ورواه الجماعة عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها . انظر نصب الراية : ٢٣٧/٣ . سنن ابن ماجه ٦٢١/١ .

ويشترط فى الزوج أن يكون مسلما ، بالغا ، ولو خصيا ، قائم الذكر ، مقطوع الخصيتين ، تزوجها تزوجا لازما ، احترازا من نكاح الخيار كنكاح العبد بغير إذن سيده ، وأن يولج حشفته ، أو مثلها من مقطوعها ، فى قبلها ، احترازا من

وطائفة منه ؛ ثم ذكر الحديث المذكور ، وقال بعده : وهذه استعارة لطيفة ، فإنه شبه لذة الجماع بحلاوة العسل ، وسمى الجماع عسلا ، لأن العرب تسمى كل ما تستحليه عسلا ؛ وأشار بالتصغير إلى تقليل القدر الذى لابد منه فى حصول الاكتفاء ؛ قال العلماء : وهو تغييب الحشفة ، لأنه مظنة اللذة اهـ ولا يخفى ما فى عبارته يعرف بالتأمل . وفى بعض من كتب على مسلم ما نصه : عسيلة – بضم العين وفتح السين – تصغير عسلة ، وهي كناية عن الجماع شبه لذته بلذة العسل وحلاوته اهـ والأحسن الموافق لصدر عبارة صاحب المفتاح أن يقال : شبه وضع الحشفة بالعسل بجامع اللذة ، واستعار اسمه له .

وقوله : (تذوق) ترشيح ، لأنه من ملائمات العسل .

قوله : (ويشترط فى الزوج أن يكون مسلما) أى : فلو كان المسلم متزوجا يهودية أو نصرانية وطلقها ثلاثا ، ثم تزوجها يهودي أو نصرانى وطلقها ، أو مات عنها ، فلا تحل لزوجها المسلم بذلك .

قوله : (بالغا) احترازا من الصبى ، فوطؤه كالعدم فلا تحل ، ويعتبر البلوغ عند الوطء ، فإذا عقد قبل البلوغ ، ولم يدخل حتى بلغ حلت ، قاله فى التحقيق .

قوله : (ولو خصيا) أى : لأن ذواق العسيلة يحصل به ، لأنهم لا يشترطون الإنزال ، فلا فرق بينه وبين السليم ، وهذا مع علم الزوجة به ، وإلا فهو نكاح معيب فلا يحلها لأنه غير لازم .

قوله : (كنكاح العبد بغير إذن سيده الخ) أي : أو نكاح ذات العيب أو المغرورة . بهرام : هذا كله إذا لم يجز السيد ذلك ، أو لم يرض الزوج أو الزوجة بإسقاط حقه ، فإن أجاز السيد ، أو رضى أحد الزوجين بذلك ، ووطء الزوج بعد لزوم النكاح ، فإنها تحل بذلك .

قوله : (وأن يولج حشفته الخ) ويشترط فى الإيلاج أن يوجب الغسل ، فلو غيبها فى هوى الفرج ، أو لف خرقة كثيفة فلا تحل له

الإيلاج بغير انتشار ، فإنه لا عسيلة معه ، إيلاجاً مباحاً ، احترازاً من الوطء فى الحيض ، أو العدة ، أو وطء المحلل من غير تناكر فيه ، وأن تعلم الخلوة المعتادة بينهما ، وأن تكون عالمة بالوطء ، احترازا من المغمى عليها والمجنونة .

ثم شرع يتكلم على الطلاق وهو **لغة** : الإرسال من قولك : أطلقت الناقة فانطلقت إذا أرسلتها من عقال وقيد .

واصطلاحا : حل العصمة المنعقدة بين الزوجين .

قوله : (بانتشار الخ) ولا يشترط أن يكون الانتشار تاما ، ولو حصل الانتشار بعد إيلاجه ، ولو لم ينزل – كما قدمنا – واستظهر بعض الأشياخ : أن وطء العنين والخنثى لا يحلها .

قوله : (احترازا من الوطء فى الحيض) أو النفاس ، أو بعد انقطاعهما ، وقبل الغسل منهما ، ومثل ذلك : الوطء فى المسجد .

قوله : (من غير تناكر فيه) أى : فلو حصلت نُكرة فى الإيلاج ، فلا تحل كان ذلك قبل الطلاق أو بعده ، طال الأمر بعد الطلاق أم لا ، ما لم يحصل تصادق عليه ، وحيث كان الشرط عدم الإنكار فهو صادق بالتصادق ، وعدم علم الحال بغيبة أو موت ، كما صرح به بعض .

قوله : (وأن تعلم الخلوة المعتادة بينهما) وتثبت بامرأتين ، أى : فلابد من ثبوت الخلوة وإلا لم تحل ، قال أشهب فى مدونته : ولو صدقها الثانى على الوطء ، لأنها تتهم على الوطء لتملك الرجعة لمن طلقها ، ويتهم الثانى ليملك الرجعة ، فلو علمت الخلوة وتصادق الزوجان على الوطء ، أو غاب المحلل ، أو مات قبل أن يعلم منه إقرار أو إنكار صدقت .

قوله : (وأن تكون عالمة الخ) ولا يشترط علمه ، فإذا وطئها مجنونا فإنها تحل ، بأن طرأ له الجنون بعد العقد ، لأن الحلية وعدمها من صفاتها هى فاعتبرت فقط ، ولا يخفى أن حديث امرأة رفاعة يقتضى أنه لابد من علمهما ، لأنه قال : حتى تذوق الخ .

قوله : (من قولك) فى العبارة حذف ، والتقدير : وهو لغة الإرسال المفهوم من قولك الخ .

وقوله : (إذا أرسلتها) بفتح التاء ، أى : تقول ذلك إذا أرسلتها .

وقوله : (وقيد) أى : أو قيد .

وقوله : (حل العصمة) العصمة وصف اعتبارى ناشئ من العقد على الزوجة .

وقوله : (المنعقدة) أى : المتقررة الثابتة .

وله أربعة أركان : **الزوج** ، **والزوجة** ، **والقصد** ، فمن سبق لسانه إلى الطلاق لم يقع عليه طلاق ، وكذا من أكره على الطلاق على ظاهر الروايات ، بعضهم :

قوله : (واصطلاحا الخ) عرفها ابن عرفة بقوله : صفة حكمية ترفع حلية متعة الزوج بزوجته ، موجبا تكررها مرتين للحر ، ومرة لذى رق ، حرمتها عليه قبل زوج .

قوله : (والزوجة) أى : المملوكة عصمتها للزوج ، تحقيقا أو تقديرا ، كقوله لامرأة عند خطبتها : أنت طالق ، لأن مراده إن تزوجتك فأنت طالق .

قوله : (والقصد) المراد بالقصد : أن يقصد اللفظ فى الصريح ، أو فى الكناية الظاهرة ، وإن لم يقصد حل العصمة ، أو قصد حل العصمة فى الكناية الخفية .

قوله : (فمن سبق لسانه إلى الطلاق لم يقع عليه طلاق) يعنى : أن من أراد أن يتكلم بغير الطلاق ، فالتوى لسانه فتكلم بالطلاق ، فلا شىء عليه إن ثبت سبق لسانه فى الفتوى والقضاء ، وإن لم يثبت فلا شىء عليه فى الفتوى ، ويلزم فى القضاء ومن كان اسم زوجته طارق ، فأراد أن يقول لها : يا طارق ، فالتفت لسانه وقال : ياطالق ، وادعى أنه التفت لسانه ، فإنه يصدق فى الفتوى لا فى القضاء ، فإن أسقط حرف النداء مع إبدال الراء لاما ، وادعى التفات لسانه ، لم يقبل منه لحصول شيئين : الحذف والالتفات .

قوله : (وكذا من أكره على الطلاق) الإكراه يكون بخوف مؤلم من قتل ، أو ضرب ولو قل ، أو سجن ، أو قيد ؛ ظاهره فيهما : وإن قل ، أو صفع فى القفا لذى مروءة بملأ ، أو بجمع ولو غير أشراف ، فإن فعل به فى الخلاء فليس إكراها لا فى ذى المروءة ولا فى غيره ، أى : إذا كان يسيرا ، وأما كثيره فإكراه ولو فى الخلاء ، والمراد التخويف بذلك لا حصوله ، والمراد بالكثير : ما يحصل من التهديد به الخوف لذى المروءة وغيره فى الملأ والخلاء ، واليسير ما يحصل بالتهديد به الخوف لذى المروءة فى الملأ .

ويظهر من كلامهم : أنه لا يشترط فى الإكراه كون المخوف به يقع ناجزا ، فلو قال له : إن لم تطلق زوجتك فعلت كذا بك بعد شهر ، وحصل الخوف بذلك كان إكراها .

ومن أكره على أن يطلق طلقة فطلق ثلاثا ، أو على أن يعتق عبدا فأعتق أكثر ، أو على أن يطلق زوجته فأعتق عبده أو عكسه ، فاستظهر عدم لزوم شىء من ذلك ، لأن ما يصدر منه حالة الإكراه بمنزلة المجنون .

قوله : (على ظاهر الروايات) ومقابل ذلك أنه يقع عليه الطلاق .

إلا أن يترك التورية . مع العلم ، والاعتراف بأنه لم يدهش بالإكراه عنها ، وظاهر المختصر كاللخمى : أنه تقييد ، وكذا الأعجمى إذا لقن لفظ الطلاق وهو لا يفقهه ، لم يقع عليه طلاق .

والرابع : **الصيغة** ، وتنقسم إلى صريح ، وهو ما فيه لفظ الطلاق ، ولا يحتاج إلى نية وإلى كناية وهى قسمان : ظاهرة – وستأتى – محتملة ، نحو : اذهبى ، وانصرفى ، فتقبل دعواه فى نيته ، وعدده .

وقد قسم الشيخ الطلاق باعتبار أنواعه على قسمين : **بدعى** ، **وسنى** ،

قوله : (إلا أن يترك التورية الخ) التورية : أن يأتى الحالف بلفظ فيه إبهام على السامع له معنيان قريب وبعيد ، ويريد البعيد ، كقوله : هى طالق ، ويريد من وثاق ، أو يريد وجَعَها بالطلق ، ومعناه القريب إبانة العصمة .

قوله : (مع العلم) أى : بها .

وقوله : (بأنه الخ) متعلق بالاعتراف ، وبعدُ فهذا التقييد ضعيف ، والمذهب : أنه لا يحنث ، ولو تركها مع معرفتها .

قوله : (لم يقع عليه طلاق) أى : لا فى الفتوى ولا فى القضاء .

قوله : (إلى صريح) أى : لفظ صريخ .

وقوله : (ومحتملة) المناسب لقوله ظاهرة أن يقول : وخفية .

قوله : (فتقبل دعواه فى نيته وعدده) فإذا قال لها : اذهبى ، وانصرفى – مثلا – وقال : لم أرد بذلك طلاقا ، فإنه يحلف على ذلك ، ولا شىء عليه ، والظاهر : أن محل الحلف إذا كان فى وقت غضب ، بحيث يقع فى الوهم أنه قصد الطلاق ، وإن قال : نويت بذلك الطلاق ، فإنه يلزمه ، فإن كانت له نية بطلقة أو أكثر ، عمل بها ، وإن لم تكن له نية فى عدد لزمه الثلاث ، هذا قول أصبغ . واعترضه ابن عرفة ، وأفتى بواحدة إلى أن مات . والظاهر : رجعية فى الدخول بها ، بائنة فى غيرها . وانظر : هل يحلف فى دعواه عددا دون الثلاث ؟

قوله : (باعتبار أنواعه) أراد بالجمع ما فوق الواحد ، والأولى أن يقول : باعتبار النوعية لا باعتبار الصيغة ولا باعتبار غيرها من الاعتبارات .

فالأول قوله : (وَطَلَاقُ الثَّلَاثِ فِي كَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ بِدْعَةٌ) أى : محدثة لما فى النسائى : « أَنَّ رَسُولَ ٱللهِ صَلَّى ٱللهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ وَسَلَّمَ أُخْبِرَ عَنْ رَجُلٍ طَلَّقَ ٱمْرَأَتَهُ ثَلَاثَ تَطْلِيقَاتٍ جَمِيعاً ، فَقَامَ غَضْبَانَ ، ثُمَّ قَالَ : أَيُلْعَبُ بِكِتَابِ ٱللهِ عَزَّ وَجَلَّ وَأَنَا بَيْنَ أَظْهُرِكُمْ »[1] (وَ) مع ذلك (يَلْزَمُهُ) الطلاق الثلاث (إِنْ وَقَعَ) فى كلمة واحدة على المعروف من المذهب (وَ) أما الثانى فهو (طَلَاقُ السُّنَّةِ) أى : الذى أذنت فيه السنة ، وحكمه : أنه (مُباحٌ) ثم فسره بقوله (وَهُوَ أَنْ يُطَلِّقَهَا فِي طُهْرٍ لَمْ

قوله : (وطلاق الثلاث فى كلمة واحدة) أو فى حكم الكلمة كقوله : أنت طالق ، أنت طالق ، أنت طالق ، أو طالق ، طالق ، طالق ، من غير قصد تأكيد .

قوله : (أى محدثة) أى : لم يؤمر بها بل أمر ، بخلافها ، فلا ينافى وقوعها فى زمنه ﷺ .

قوله : (تطليقات) جمع تطليقة مصدر طلق ، قال فى المصباح : طلق امرأته تطليقا اهـ فتطليقة مصدر دال على الوحدة .

قوله : (ثم قال) ثم للترتيب الإخبارى .

قوله : (أتلعبون بكتاب الله) أى : لأن الله تعالى قال : ﴿ الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ ﴾ [البقرة : ٢٢٩] والجمع باعتبار ذلك الرجل وكلٍّ مشارك له فى ذلك .

قوله : (وأنا بين أظهركم) أى : بينكم ، وفائدة إدخاله فى الكلام : أن إقامته بينهم على سبيل الاستظهار بهم والاستناد إليهم ، وكأن المعنى : أن ظهرا منهم قدامه ، وظهرا وراءه ، فكأنه مكتوف من جانبيه ، هذا أصله ، ثم كثر حتى استعمل فى الإقامة بين القوم ، وإن كان غير مكتوف فيهم ، قاله فى المصباح .

قوله : (على المعروف من المذهب) وقيل واحدة .

قوله : (وحكمه أنه مباح) أى : جائز مستوى الطرفين ، وليس المراد أن الطلاق

---

(١) سنن النسائى : كتاب الطلاق باب الطلاق الثلاث المجموعة - ١٤٢/٦ الطبعة الأولى ١٩٣٠ قال ابن حجر أخرجه النسائى ورجاله ثقات فتح البارى : ٣٦٢/٩ وقال ابن القيم فى زاد المعاد : ٢٤١/٥ : وإسناده على شرط مسلم الطبعة الأولى ١٣٩٩ - الرسالة بيروت .

يَقْرَبْهَا) أى : لم يجامعها (فِيهِ طَلْقَةً) واحدة (ثُمَّ لا يُتْبِعَهَا طَلَاقاً حَتَّى تَنْقَضِيَ ٱلْعِدَّةُ) فهذه أربعة قيود متى فقد واحدٌ منها لم يكن سنيا ، فاحترز بقوله : فى طهر ، مما إذا طلقها فى حيض ؛ وبلم يقربها فيه ، مما إذا طلقها فى طهر جامعها فيه ، وبطلقة ، مما إذا طلقها اثنتين أو ثلاثا ؛ وبلا يتبعها الخ ، مما إذا طلق الرجعية قبل مضى العدة .

سنة ، لأن النبى ﷺ قال : « أَبْغَضُ ٱلْحَلَالِ إِلَى ٱللهِ الطَّلَاقُ » [1] وإضافته إلى السنة ، وإن جاء الإذن فيه أيضا من الكتاب ، فى قوله تعالى : ﴿ يَاأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ ﴾ [الطلاق : ١] لأن قيوده من السنة .

قوله : (فهذه أربعة قيود) وزيد أن تكون تلك الطلقة كاملة ، وأن يوقعها على جميع المرأة .

والبدعى مكروه فى غير الحيض حرام فى زمنه ، ويجبر على الرجعة إن طلقها فيه ، كما يجبر عليها إذا طلقها بين دمين يلفق ثانيهما لما قبله ، وإن كان الطلاق غير حرام بعدم علمه بمعاودة الدم . وزاد فى الإرشاد : أن يكون تاليا لحيض لم يطلق فيه ، احترازا عما لو طلقها فى الحيض ، وجبر على الرجعة ، وطلق فى الطهر الذى يليه ، لأنه إذا فعل ذلك صار كمن لم يراجع فى طلاق الحيض ، إذ الرجعة لا تكمل إلا بالوطء ، وإذا وطىء فيه لم يكن طلاق السنة ، وزيد آخر وهو : كون الطلاق بلا عوض وَإِلَّا كُره تت .

قوله : (مما إذا طلقها فى حيض) أى : فإنه ممنوع إجماعا ، واختلف فى علة المنع ، فقيل : لأنها لا تعتد بتلك الحيضة فيكون تطويلا عليها فى العدة ، وقيل : تعبد .

قوله : (مما إذا طلقها فى طهر جامعها فيه) أى : فهو مكروه ، واختلف فى علة الكراهة ، فقال المصنف وعبد الوهاب : للبس العدة عليها بماذا تكون ، لأنها لا تدرى : هل تعتد بالأقراء ، أو بوضع الحمل ؟ فإن طلقها فى طهر جامعها فيه لزمه واعتدت به ، ولا يؤمر برجعتها ، كما فى التحقيق .

قوله : (وبلا يتبعها الخ) وضح ذلك ابن عمر بقوله : فإذا أتبعها طلاقا قبل مضى العدة ، فليس الطلاق الأول سنيا ، هذا هو الظاهر . قال بعضهم : يريد إذا نوى ذلك عند

---

(١) سنن أبى ماجه : ٦٥٠/١ . سنن أبى داود : ٣٤٣/٢ .

ثم انتقل يتكلم على الرجعة فقال : (وَلَهُ الرَّجْعَةُ فِي الَّتِي تَحِيضُ مَالَمْ تَدْخُلْ فى الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ فى) حق (الحُرَّةِ أَوْ) فى الحيضة (الثَّانِيَةِ فِي) حق (الأَمَةِ) لأن أسباب الزوجية باقية بينهما ما عدا الوطء ، والرجعة تكون بالنية مع

الطلاق الأول ، أما إذا لم ينوه ، وأوقع الطلاق الثانى داخل العدة أو الثلاث ، كان الأول سنيا ، والثانى بدعة ، بل متى نوى عند الطلاق الأول أن يتبعها بأخرى ؛ كان الأول بدعيا ، وإن لم يتبعها .

تتمة : الطلاق تعتريه الأحكام الخمسة : الإباحة ، والندب ، والكراهة ، والحرمة ، والوجوب .

أما الوجوب : بأن يلزم على عدمه الإضرار بالمرأة ، كأن لا يجد ما ينفقه عليها ، أو يعجز عن الوطء مع عدم رضاها بذلك .

وأما الندب : بأن تكون زانية ، أو تاركة الصلاة ، ولا تنزجر عن ذلك إلا أن يكون قلبه متعلقا بحبها ، فله مسكها . وعلم بقية الأقسام مما تقدم .

قوله : (وله الرجعة) الرجعة تعتريها أحكام خمسة كما تعترى النكاح ، وأمثلتها [1] تعرف من أمثلة أحكام الطلاق ، ولما كان حكمها الأصلى الجواز عبر بقوله : وله الرجعة ، ولو كان الزوج محرما ، أو مريضا ، أو مفلسا ، أو سفيها ، أو عبدا لم يأذن له سيده ، لقول أهل المذهب : خمسة تجوز رجعتهم ، ولا يجوز نكاحهم .

قوله : (فى التى تحيض) أى : وطلقت دون الثلاث فى غير زمن حيض ، وأما التى طلقت فى زمن الحيض فيراجعها ما لم تدخل فى الرابعة إن كانت حرة ، أو الثالثة إن كانت أمة ، فإن دخلت الحرة فى الرابعة ، والأمة فى الثالثة ، حلت للأزواج ، لكن ينبغى لها أن لا تعجل الزواج بمجرد رؤية الدم ، لاحتمال انقطاعه قبل حصول ما بعد حيضة فى باب العدة ، وهو يوم أو بعضه .

قوله : (فى حق الحرة) ولو كان زوجها عبدا .

وقوله : (فى حق الأمة) ولو كان زوجها حرا ، لأن العبرة بالزوجة ، فإن دخلت الحرة فى الثالثة ، والأمة فى الثانية ، لم تصح رجعتها ، فإن قلت : ظاهر كلامه انقضاء عدتها بمجرد

---

(١) قوله : تعرف من أمثلة أحكام الطلاق كتب عليه الشيخ حضارى رحمه الله بخطه لعله النكاح اهـ .

القول : كراجعتها ، وأمسكتها ، أو ما يقوم مقام القول كالوطء ومقدماته ، وفى رجعته

رؤية الدم ، وهو يخالف ما قالوه فى أقل الحيض بالنسبة للعدة ، هل هو يوم أو بعضه ؟ **فالجواب** : إذا رأت دم الحيض ، الأصلُ استمراره وانقطاعه قبل يوم أو بعضه ، أى : بعض له بال ، وهو ما زال على ساعة ، نادر . كما يفيده ابن عبد السلام ؛ فإن فرض انقطاعه قبل يوم أو بعضه ، لم تنقض عدتها .

واعلم : أن الرجعة لا تصح إلا بشروط ، **أحدها** : أن يكون الطلاق من نكاح صحيح ، فلا تصح فى نكاح فاسد لا يثبت بالدخول . **ثانيها** : أن يطأها وطأ صحيحا ، فلا تصح فى نكاح صحيح لم يطأ فيه ، أو وطىء فيه وطأ حراما فى حيض ، أو إحرام ، أو صيام ، لأنه كَلَا وطء ، إذ المعدوم شرعا كالمعدوم حسا .

قوله : (كراجعتها وأمسكتها) كذا فى النسخ : راجعتها الخ ، ولا يؤخذ على إطلاقه ، فالصواب أن يقول : إن راجعتها صريحة ، وكذا ارتجعتها فلا تفتقر للنية ، وكذا رجعتها عند الزرقانى ؛ وأما أمسكتها ، فهى من المحتمل الذى يفتقر إلى نية ، لأنه يحتمل أمسكتها تعذيبا لها ، وكذا رجعتها عند غير الزرقانى ، لأنه يحتمل رجعت عن صحبتها .

قوله : (كالوطء ومقدماته) أى : مع النية على المشهور .

قوله : (وفى رجعته بالنية فقط قولان الخ) قال ابن رشد : الصحيح أن الرجعة تصح بمجرد النية ، لأن اللفظ إنما هو عبارة عما فى النفس ، فإذا نوى فى نفسه أنه راجعها فقد صحت رجعتها فيما بينه وبين الله تعالى ، فإذا أظهر لنا ما أضمر حكمنا عليه به ، والمراد بالنية : الكلام النفسى [1] ، أى : بأن يجرى على قلبه : أنت طالق ، أو هى طالق ، لا أنه ينوى طلاقها فى المستقبل . إلا أن ابن عبد السلام رد على ابن رشد بقوله : ويعز وجود هذا القول منصوصا فى المذهب إنما هو تخريج ، ولذلك قال خليل : وصحح خلافه ، أى : خلاف قول ابن رشد ، وعلى هذا التصحيح فلو نوى ثم أصاب ، فإن بُعد ما بينهما فليس برجعة ، وإن تقدمت النية بيسير فقولان .

وتظهر فائدة كون الرجعة فيما بينه وبين الله فقط فيما إذا انقضت العدة وعاشرها معاشرة الأزواج ، ورفع للقاضى بسبب ذلك ، فأقام بينة على إقراره أنه راجعها قبل انقضاء العدة بالنية ، فإن القاضى يمنعه منها ، وإذا ماتت بعد انقضاء العدة ، وأقام بينة برجعته فيها بالنية ، فإنه يحل له إرثها فيما بينه وبين الله ؛ فإذا رفع للقاضى فإنه يمنعه منه .

---

(١) قوله : بأن يجرى على قلبه أنت طالق الخ ، كتب عليه الشيخ حضارى : هكذا فى عدد من النسخ ، ولعل =

بالنية فقط قولان . ولو انفرد القول دون النية ، فرجعة ظاهرا لا باطنا ، والوطء دون النية ليس برجعة لا ظاهرا ولا باطنا (فَإِنْ كَانَتْ) المطلقة (مِمَّنْ لَمْ تَحِضْ) لصغر (أَوْ مِمَّنْ يَئِسَتْ مِنَ الحَيْضِ) ج : أراد بها من أيس الحيض منها ، وليس المراد من

قوله : (ولو انفرد القول دون النية) أى : بأن تلفظ بلفظ صريح هازلا ، وأما إن لم يكن هازلا ، فلا يحتاج لنية ، وهو رجعة باطنا وظاهرا .

وفائدة كون الهزل رجعة فى الظاهر لا الباطن ، لزوم النفقة ، والكسوة بعد العدة ، وبقية أحكام الزوجية ، من قسم وغيره ، ولا تحل له فيما بينه وبين الله تعالى . ولا يخفى حلها فى النكاح بالهزل ، ولعل الفرق أن النكاح لم يشترط فيه نية ، بخلاف الرجعة فقد اشترطت فيها النية فى الجملة .

وأما القول المحتمل الخالى عن النية ، كأعدت الحل ، أو رفعت التحريم ، فإنه محتمل للرجعة وغيرها ، إذ يحتمل لى أو للناس ؛ ورفعت التحريم عنى ، أو عن الناس ، فلا يحصل به رجعة حيث لا نية ولا دلالة ظاهرة ، بخلاف : أعدت حلها ، ، أو رفعت تحريمها ، فرجعة ، لأن فيه دلالة ظاهرة على الرجعة ، وإن احتمل أعدت حلها للناس بسبب الطلاق إلا أن هذا الاحتمال دلالته غير ظاهرة .

وأما بقول غير محتمل مع نية : كاسقينى الماء ، ناويا به الرجعة فتحصل به الرجعة على ظاهر ابن رشد .

قوله : (والوطء دون النية الخ) فعليه لو وطئها ولم ينو رجعتها ، واسترسل على ذلك وطلقها ثلاثا بعد خروجها من العدة ، فقال محمد : لا يلزمه لأنها أجنبية . وقال أبو عمران : يلزمه مراعاة لقول ابن وهب والليث : فى أن الوطء لا يفتقر لنية ؛ قال ابن ناجى : وهو الصواب أخذا بالاحتياط ؛ وبه أفتى غير واحد من شيوخى اهـ ومال ابن عرفة لانعقادها بصيغة النكاح إن نواها .

قوله : (فإن كانت ممن لم تحض الخ) أى : ويكون بدعيا إذا أوقع أكثر من واحدة ، أو يوقع واحدة مع نية وقوع أخرى فى العدة وإن لم يفعل ، قاله : **عج** .

قوله : (من المحيض) المحيض لغة فى الحيض .

قوله : (أراد بها من أيس الحيض منها) أى : فيصدق ببنت ثلاثين سنة ، وأيس من

= هنا سقطاً بدليل التخريج الآتى ، أو سبق قلم ، إذ الجارى على القلب مراجعتها لا هذا اللفظ إذ الكلام فى الرجعة اهـ .

جاوز سنها الخمسين ، أو الستين ، أو السبعين سنة ، كما قال فى غير هذا الموضع (طَلَّقَهَا مَتَى شَاءَ وَكَذَٰلِكَ الْحَامِلُ) يطلقها متى شاء ، ولو قدم قوله :

حيضها لأمر ما ، والحيض نائب فاعل . أيس ، وأيس ، أيسا من باب تعب ، وكسر المضارع لغة ، كما فى المصباح .

ثم فى المقام أمور : **الأول** : أن أيس لازم يتعدى بحرف الجر وهو : من ، فلا يصاغ منه فعل يتعدى للمفعول بنفسه ، وقد عداه الشارح للمفعول بنفسه ، وجعله مبنيا للفاعل مشكل ، لأن الفعل حقه أن يسند للفاعل لا للحيض ، وارتكاب التجوز مما لا يجدى شيئا .

الثانى : أن قوله : أراد ، يقتضى أن هذا ليس متبادرا من اللفظ ، وأن المعنى الذى نفاه متبادر ، مع أن هذا الذى جعله مرادا عين المصنف لا فرق إلا من جهة الإسناد ، ولا يترتب على ذلك شىء . نعم لو قال : أراد من انقطع عنها الحيض ولو لم تبلغ سن الإياس كبنت عشرين سنة - مثلا - وليس المراد بها الخ ، لظهر التعبير بهذه المادة فتدبر .

الثالث : أن تعبيره بالبناء للمفعول لا داعى له ، والظاهر أن المراد بالإياس هنا كون الدم انقطع عنها مدة يوجب لها أن لو طلقت أن تعتد بالأشهر ، وقد تقرر أن الدم إذا انقطع لا لسبب ، أو لمرض ، ولم تبلغ سن الإياس ، كبنت عشرين ، أن تتربص سنة : تسعة للاستبراء ، وثلاثة للعدة . وهل تلك السنة محسوبة من يوم انقطاع الدم عنها ، أو من يوم الطلاق ؟ قولان ، أى : فهو أمر مضبوط لا يحتاج فيه لمعرفة أحد ، وحرر .

قوله : (كما قال فى غير هذا الموضع) أى : أن المصنف قال فى غير هذا الموضع : من جاوز سنها خمسين الخ ، وهو محتمل لأمرين :

الأول : أن يكون المواضع ثلاثة : موضع قال فيه : من جاوز سنها الخمسين ، وموضع قال فيه من جاوز سنها الستين الخ .

الثانى : أن يكون الموضع واحدا عبر فيه بأو ، وهي محتملة لأن تكون لحكاية أقوال ، وللتردد ، ثم ما المراد بتلك المواضع ، أو الموضع ؟ يراجع بقية كتبه ، ولم يكن بيدى منها شىء . فقوله : فى غير هذا الموضع ، أى : فى غير هذا الكتاب ، لأنه لم يذكر شىء مما ذكر فى هذا الكتاب ، فتدبر .

قوله : (طلقها متى شاء) أى : فى أى وقت شاء قال **تت** : ولو بعد وطئها اهـ لأن طلاق ذوات الأشهر لا يوجب تطويل عدة .

وقوله : (وكذلك الحامل) أى : للأمن من التطويل ، وظاهره : ولو كانت متلبسة

فإن كانت على قوله : وله الرجعة الخ ، لكان أنسب (وَتُرْجَعُ الْحَامِلُ مَا لَمْ تَضَعْ وَالمُعْتَدَّةُ بِالشُّهُورِ) وهى : المستحاضة ، واليائسة ، ترجع (مَا لَمْ تَنقَضِ العِدَّةُ) وعدة الأولى سنة ، والثانية ثلاثة أشهر تستقبلها بالأهلة (وَالْأَقْرَاءُ) جمع قرء – بفتح

بالحيض ، وكذلك الزوجة غير المدخول بها ولو فى حال حيضها ، بناء على أن النهى لتطويل العدة .

قوله : (لكان أنسب) أى : لأنه من جملة مسائل الطلاق لا الرجعة .

قوله : (ما لم تضع) أى : حملها كله ، فترجع بعد وضع بعضه ، فإن وضعت جميعه انقضت ولا رجعة ، وتنقضى العدة بما أسقطته مما يعلم النساء أنه ولد مضغة ، أو علقة ، أو دم منعقد ، فإذا أشكل أمره هل هو ولد أو دم ؟ اختبر بالماء الحار ، فإن كان دما انحل ، وإن كان ولدا لا يزيد ذلك إلا شدة ، قاله : الشيخ أبو الحسن .

تتمة : لا تسقط نفقة المرأة بموت الجنين فى بطن أمه ، ولا تنقضى عدتها بذلك ولو خرج بعضه قبل الطلاق أو موت الزوج ، ثم خرج البعض الآخر بعد الطلاق أو الموت ، فقضية كلام خليل من قوله : إن زايلها كله حية انقضاء العدة بوضع بقيته ، ذكره الخرشى .

قوله : (وهى المستحاضة) أى : التى لم تميز دم الحيض من دم الاستحاضة ، لأن التى تميز دم الحيض من دم الاستحاضة تعتد بالأقراء . ولا يخفى ما فى عبارته من القصور ، إذ من جملة من تعتد بالأشهر : الصغيرة التى تطيق الوطء ، والتى تأخر حيضها بمرض ، أو تأخر بلا سبب من إرضاع ، أو مرض .

قوله : (ما لم تنقض العدة) أى : مدة عدم انقضاء عدتها .

قوله : (وعدة الأولى سنة الخ) فيه تسامح ، لأن عدتها إنما هى ثلاثة أشهر ، والتسعة أشهر التى قبلها إنما هى استبراء لزوال الريبة ، ومثل ذلك يقال فى التى تأخر حيضها لمرض ، أو تأخر بلا سبب .

قوله : (والثانية ثلاثة أشهر) ومثلها الصغيرة التى تطيق الوطء ، ولا فرق فى الاعتداد بالشهور بين الزوجة الحرة والأمة كالاعتداد بوضع الحمل ، وإنما يفترقان بالأقراء .

قوله : (تستقبلها بالأهلة) هذا إذا طلقت فى أول الشهر ، وأما إن طلقت فى بعض شهر ، فإنه يكمل بالعدد ، ويلغى يوم الطلاق .

قوله : (والأقراء) أى : فى الآية لا فى المصنف ، لأنه لم يتقدم لها ذكر .

القاف وضمها – وعليه الجمهور ، وعندنا ، وعند الشافعى (هِيَ الْأَطْهَارُ) وعند أبى حنيفة هي الحيض .

سؤال : أوردته الحنفية على المالكية ، وهو : أن الله تعالى يقول : ﴿ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ [البقره : ٢٢٨] وأنتم تقولون : تعتد بقرأين وبعض قرء ، لأنه قد يطلقها فى آخر الطهر ؟ أجاب بعضهم عن ذلك : بأنه يجوز أن يطلق ذلك على قرأين وبعض قرء ، لأن الله تعالى قال : ﴿ ٱلْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَاتٌ ﴾ [البقره : ١٩٧] والمراد بذلك على المشهور : شهران وعشرة أيام .

(وَيُنْهَى) بمعنى : ونهى نهى تحريم (أَنْ يُطَلِّقَ) الرجل زوجته وهى (فى الْحَيْضِ

قوله : (وعليه الجمهور الخ) أى : وعلى الضم الخ ، فيه نظر بل جمهور اللغة على الفتح ، فالضم مرجوح أفاده غير واحد .

قوله : (وعندنا وعند الشافعى الخ) وثمرة الخلاف : حلها بمجرد رؤية الدم الأخير على أن المراد الأطهار ، وعدم حلها حتى تتم الحيضة على أن المراد بالأقراء الحيض .

قوله : (أوْرَدته الحنفية على المالكية) ولا يخفى أنه وارد على الشافعية .

قوله : (لأنه قد يطلقها فى آخر الطهر) بل متى طلقها فى أثناء الطهر تحققت البعضية ، فلا خصوصية للأخر إلا أن يقال : قد نص – رحمه الله – على الصورة المتوهمة .

قوله : (بأنه يجوز الخ) أى : فهو مجاز ، وهو لابد له من قرينة ؛ وأين القرينة والمقيس عليه على نزاع ؟ ولعل الأولى أن يقول : يجوز أن يطلق الخ ، بقرينة أنه ﷺ قال : فى قوله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق : ١] أى فى عدتهن ، بأن يطلقها فى طهر لم تمس فيه ، فتدبر .

قوله : (بمعنى ونهى الخ) إنما قدره بنهى ، لتقدم النهى من الشارع ﷺ وهو على التحريم ، إلا أن النهى الذى كان قد تقدم ، متعلق بابن عمر ، وهذا نهى عام ، ويجاب : بأن النهى المتقدم بابن عمر نهى لغيره .

قوله : (وهى فى الحيض) أى : والفرض أنها غير حامل ، يريد : وكذا بعد انقطاعه وقبل الغسل ؛ أو التيمم إن عدمت الماء ، إلا أنه إن طلق فى تلك الحالة لا يجبر على الرجعة ، كما ذكره فى التحقيق .

فَإِنْ طَلَّقَ لَزِمَهُ) لما صح أَنَّ ٱبْنَ عُمَرَ – رَضِيَ ٱللهُ عَنْهُمَا – طَلَّقَ ٱمْرَأَتَهُ وَهِيَ حَائِضٌ ، فَسَأَلَ عُمَرُ رَسُولَ ٱللهِ ﷺ عَنْ ذَلِكَ فَقَالَ صلى الله عليه وآله وسلم : « مُرْهُ فَلْيُرَاجِعْهَا ، ثُمَّ لِيُمْسِكْهَا حَتَّى تَطْهُرَ ، ثُمَّ تَحِيضَ ، ثُمَّ تَطْهُرَ ثُمَّ إِنْ شَاءَ

قوله : (لما صح أن ابن عمر الخ) قال فى التحقيق : والنهى الذى أشار إليه هو ما فى الصحيحين : أن ابن عمر بن الخطاب – رضى الله عنهما – طلق امرأته وهى حائض الخ . أى : فالنهى من الحديث بطريق اللزوم . واسم المرأة آمنة بنت غِفار – بكسر الغين وفتح الفاء مخففة – قال الشيخ على السمراسى : والظاهر من عدالة ابن عمر وحاله أنه حين طلقها ، لم يكن عالما بحيضها ، أو لم يكن بلغه حرمة الطلاق فى الحيض ، أو لم يكن شرع التحريم .

قوله : (فسأل عمر الخ) الظاهر أن السؤال من ابنه له أن يسأل رسول الله ﷺ استحياء من سؤاله له .

قوله : (مره) أصله أُأْمره بهمزتين : الأولى للوصل مضمومة تبعا للعين ، مثل : اقتل ، والثانية فاء الكلمة ساكنة ، تبدل تخفيفا من جنس حركة سابقتها ، فتقول : أومر ، فإذا وصل الفعل بما قبله زالت همزة الوصل وسكنت الهمزة الأصلية ، كما فى قوله تعالى : ﴿ وَأْمُرْ أَهْلَكَ بِالصَّلَاةِ ﴾ [طه : ١٣٢] لكن استعملها العرب بلا همز فقالوا : مُر ، لكثرة الدور ، لأنهم حذفوا أولا الهمزة الثانية تخفيفا ، ثم حذفوا همزة الوصل استغناء عنها لتحرك ما بعدها ؛ وكذا حكم : خُذ ، وكُل .

أى : مر ابنك عبد الله ، قاله شارح الحديث ، أى : مره بالمراجعة .

قوله : (فليراجعها) الأمر للوجوب عندنا – كما أفاده شارح الحديث – والظاهر أن هذا استئناف أمر منه ﷺ لابن عمر بالمراجعة مباشرة ، بعد أمره له بواسطة تأكيدا وتقريرا لذلك .

ثم بعد كتبى هذا ، رأيت شارح الموطأ قال بعد قوله فليراجعها : الأمر للوجوب عند مالك وجماعة ، وصححه صاحب الهداية من الحنفية ؛ والندب عند الأئمة الثلاثة ، ولا حجة لهم فى أنه إنما أمره بالرجعة أبوه ؛ وليس له أن يضع الشرع ، لأنه أمره بأمر النبى ﷺ ، وهو مبلغ عنه اهـ .

قوله : (ثم ليمسكها) بإعادة اللام ، ويجوز تسكينها ، فالكسر على الأصل فى لام

أَمْسَكَ بَعْدُ وَإِنْ شَاءَ طَلَّقَ قَبْلَ أَنْ يَمَسَّ فَتِلْكَ العِدَّةُ الَّتِي أَمَرَ ٱللَّهُ أَنْ يُطَلَّقَ لَهَا النِّسَاءُ » (١) قال ابن عمر : حُسِبَتْ عَلَيَّ بِتَطْلِيقَةٍ .

الأمر – فرقا بينها وبين لام التوكيد – والسكون للتخفيف ، والمراد : الأمر باستمرار الإمساك ، وإلا فالرجعة إمساك لها .

تتمة : اختلف المذهب : إذا لم يرتجعها الذى طلقها فى الحيض حتى جاء الطهر الذى أبيح له الطلاق فيه ، هل يجبر على الرجعة فيه ، لأنه حق عليه لا يزول بزوال وقته ، أم لا يجبر على ذلك ، لأنه قادر على إيقاع الطلاق فى الحال فلا معنى للارتجاع ؟ ذكره الفاكهانى .

قوله : (بعد) أى : بعد الطهر من الحيض الثانى .

وقوله : (قبل أن يمس) أى : يمسها ، أى : يجامعها .

قوله : (فتلك العدة) أى : فتلك زمن العدة ، وهى حالة الطهر التى أمر الله أى : أذن الله .

وقوله : (بها النساء) هكذا فيما وقفت عليه من نسخ هذا الشارح ، والصواب ما فى التحقيق وهو : فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء ، لأنه الذى رأيته فى الصحيحين ، أى : فتلك العدة التى أذن الله بتطليق النساء فيها ، قال الله تعالى : ﴿ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ ﴾ [الطلاق : ١] أى : فى زمن عدتهن ، بأن يطلقها فى طهر لم يمس فيه ، وفهم من الحديث : أنه لا يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيض المطلق فيه ، لأنه جعل للإصلاح ، وهو لا يكون إلا بالوطء ، وبالوطء يكره له الطلاق ، فلذلك أمره بمسكها حتى تحيض أخرى ، ثم تطهر ، فإن طلقها فى الطهر الأول كره ، ولم يجبر على الرجعة وفى شرح الشيخ : أنه يجب عليه إمساكها حتى تطهر من حيضة أخرى ، غير حيضة الطلاق .

قوله : (حسبت علىّ بتطليقة) قال شارح الحديث : حسبت – بضم الحاء – مبنيا للمفعول ، علىّ – بتشديد التحتية – الطلقة التى طلقها فى الحيض بتطليقة ، والذى حسبها عليه بتطليقة النبى صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم ، لأنه كان ابن عمر طلقها فى الحيض ، والمراجعة بدون الطلاق محال ، ولا يقال : المراد بالرجعة الرجعة اللغوية ، وهى الرد إلى حالها الأول إلا أنه يحسب عليه طلقة ، لأن هذا غلط ، إذ حمل اللفظ على حقيقته الشرعية مقدم على حمله على الحقيقة اللغوية ؛ بل روى الدارقطنى : فقال عمر : (يَارَسُولَ ٱللَّهِ أَفَيَحْتَسِبُ بِتِلْكَ ٱلطَّلْقَةِ قَالَ : نعم) .

---

(١) الموطأ : ٥٧٦/٢ – سنن ابن ماجه : ٦٥١/١ ، سنن أبى داود : ٣٤٣/٢ .

تنبيه : مثل الطلاق فى الحيض : الطلاق فى النفاس . واختلف فى علة منع الطلاق فى الحيض على قولين مشهورين ، **أحدهما** : أنه لتطويل العدة ، **والآخر** : أنه تعبد (وَ) إن لم يراجعها (أُجْبِرَ عَلَى الرَّجْعَةِ) وصفة الجبر : أن يأمره الحاكم بها ، فإن أبى هدده بالسجن ، فإن أبى سجن ، فإن أبى هدده بالضرب ، ويكون ذلك قريبا بعضه من بعض فى مجلس . وهذا الجبر إذا كان الطلاق رجعيا لا بائنا ، وهو مقيد أيضا بما إذا لم تنقض العدة ، فإن انقضت فلا رجعة ، ولا جبر (وَالَّتِى لَمْ يَدْخُلْ بِهَا) يباح له أن (يُطَلِّقَهَا مَتَى شَاءَ) فى طهر ، أو حيض ، على المشهور ،

قوله : (واختلف فى علة الخ) ظاهره : أن القولين متفقان على أنه معلل ، مع أن الثانى لا يقول بأنه معلل بل تعبد .

قوله : (أنه) أى : المنع الخ ، فليس جاريا على المحدث عنه الذى هو علة التطويل ، ولو جرى عليه لقال : أحدهما : أنها – أي العلة – تطويل العدة ، ووجه التطويل أن ما بقى من الحيضة لا تعتد به فى أقرائها ؛ والمرأة فى تلك المدة كالمعلقة لا معتدة ، ولا ذات زوج ، ولا فارغة من زوج .

قوله : (فإن أبى هدده بالضرب) فإن أبى ضرب وترك الشارح هذه المرتبة ، وحينئذ فالمراتب خمس ؛ وينبغى تقييد الضرب بظن الإفادة بل ذكره الحطاب فى التهديد ، فالأولى الضرب ، فإن ارتجع الحاكم قبل فعل شىء من هذه الأمور صح إن علم أنه لا يرتجع مع فعلها ، وإلا لم يصح . والظاهر وجوب الترتيب ، فإن فعلها كلها من غير ترتيب ، ثم ارتجع مع إبانة المطلق صحت رجعته .

والحاصل : أنه إن امتثل بالضرب فالأمر ظاهر ، وإلا ارتجعها له الحاكم ، بأن يقول : ارتجعت لك زوجتك ، وتصح تلك الرجعة ، وإن لم يحصل من الزوج قول ، ولا نية ، ويحل وطؤها برجعة الحاكم ، ويتوارثان ، لأن نية الحاكم تقوم مقام نيته .

تنبيه : إذا قال الرجل : طلقتها فى الطهر ، وقالت المرأة : بل فى الحيض ، فإنها تصدق . وهل بيمين أو لا ؟ ولا ينظرها النساء إلا أن يترافعا ظاهرا ، إن القول قوله ، وهل بيمين أو لا ؟ .

قوله : (فى طهر أو حيض على المشهور) ومنعه أشهب فى الحيض ، لأن العلة عنده

إذ لا عدة عليها (وَالْوَاحِدَةُ تُبِينُهَا) أى: غير المدخول بها ، لأنها لا عدة عليها (وَالثَّلاثُ يُحَرِّمُهَا إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ ﴾ [البقرة . ٢٣٠] (وَمَنْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ فَهِىَ وَاحِدَةٌ) أى : يلزمه طلقة واحدة (حَتَّى يَنْوِىَ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ) فيلزمه ما نوى : اثنتين ، أو ثلاثا . ظاهر كلامه : أنه يقبل قوله بلا يمين ، وهى رواية المدنيين . وقال ابن القاسم : لابد من يمين ، وشهره ابن بشير .

ثم انتقل يتكلم على الخلع .

محض التعبد ، **وملخصه** : أن منع الطلاق فى الحيض متفق عليه ، وإنما الخلاف فى علة المنع ، فقال ابن القاسم : معلل بتطويل العدة . وقال أشهب : بمحض التعبد . فعلى كلام ابن القاسم إذا لم يدخل بها لا يمتنع طلاقه ؛ وعلى كلام أشهب يمتنع .

قوله : (والواحدة تبينها) سواء كان لأجل إعسار بنفقة أو لا ؛ ومثل طلاقها قبل الدخول : ما إذا دخل بها ووطئها وطأ غير مباح ، كما لو كان فى حيض ، أو نفاس – مثلا – فإنها بائنة أيضا .

قوله : (والثلاث تحرمها إلا بعد زوج) أى : الثلاث فى كلمة ، أو ما فى حكمها : كالبتة ، أو بتكرر لفظ الطلاق نسقا .

قوله : (أنت طالق) أو أنا طالق منك ، أو أنت مطلقة .

وقوله : (فهي واحدة) ولو لم ينو حل العصمة ، لأنه صريح يلزم به الطلاق ولو هزلا ، وأما أنت منطلقة ، أو مطلوقة فلا يلزم به الطلاق إلا بالنية ، لأنه من الكنايات الخفية . والفرق : أن الأصل فى جميع تلك الألفاظ الخبر إلا أن العرف نقل أنت طالق ونحوه للإنشاء ، واستمر غيره على الخبر . ويقع ولو لاحنا كقوله : أنت طالقا – مثلا – لأنه على فرض علمه بالنحو هازل ، وهو يلزمه .

قوله : (حتى ينوى الخ) أى فيلزمه واحدة عند نيتها ، أو عدم نية شيء .

قوله : (وقال ابن القاسم لابد من يمين) هذان القولان كما فى **تت** ، مبنيان على يمين التهمة ، هل تتوجه أو لا ؟ والمعتمد توجهها ، قال **عج** : والظاهر أن الخلاف فى القضاء ، وأما فى الفتوى فلا يمين عليه .

وهو **لغة** : الإزالة ، ومنه خلع الوالى عزله .

وشرعا : إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها ، وهو معنى قوله : (وَالْخُلْعُ طَلْقَةٌ لَا رَجْعَةَ فِيهَا ، وَإِنْ يُسَمِّ طَلَاقًا إِذَا أَعْطَتْهُ شَيْئًا فَخَلَعَها بِهِ مِنْ نَفْسِهِ). فقوله : (طَلْقَةٌ) إشارة لمن يقول إنه فسخ لاطلاق ، فعلى الأول إذا طلقها قبل الخلع طلقتين لا تحل له إلا بعد زوج ، وعلى الثانى له مراجعتها قبل أن تتزوج . وقوله : (لَا رَجْعَةَ فِيهَا) إشارة لمن يقول : – إنه رجعى لا بائن – وقوله : (وَإِنْ لَمْ يُسَمِّ طَلَاقاً) إشارة لمن يقول إن الخلع لا يكون طلاقا إلا إذا سمى طلاقا ، أما إذا لم يسم طلاقا فلا يلزمه الطلاق . وقوله : (أَعْطَتْهُ شَيْئًا) يريد مما يحل تملكه وبيعه ، احترازا من نحو الخمر والخنزير ، فإنه يلزمه الطلاق ،

قوله : خلع الوالى أى : السلطان خلع الوالى .

قوله : (إزالة العصمة بعوض من الزوجة أو غيرها) كولي ، أو أجنبى ، لكن لا يتم للزوج العوض إلا إذا كان الدافع رشيدا ، لا إن كان سفيها ، أو صغيرا ، أو رقيقا ، فلا يتم له ، وإن أبينت .

وشرط الزوج التكليف ، ولو سفيها ، لا صبى ، أو مجنون ، ولا يبرأ الدافع بدفع العوض للسفيه ، إنما يبرأ بدفعه للولى ، كما فى التحقيق .

وقوله : (بعوض) ليس بشرط ، إذ من أفراد ما إذا أتى بلفظ الخلع ، ولو لم يكن فى مقابلة عوض ، إلا أن يقال : هذا تفسير لأحد نوعي الخلع ، فقول المصنف : إذا أعطته ، ليس بقيد عند التلفظ بالخلع ، ومثل دفع العوض ، ولو وقع من المرأة : إبراء ، ولو جهلت ما أبرأت .

تنبيه : إنما ذكر هذه الجملة هنا لمناسبتها لما قبلها فى البينونة .

قوله : (أما إذا لم يسم طلاقا فلا يلزمه الطلاق) فرد المصنف عليه بقوله : وإن لم يسم الخ ، ففى المدونة : إذا أخذ منها شيئا ، وانقلب به فقال : ذا بذاك ولم يسميا طلاقا ، فهو طلاق الخلع اهـ .

وقوله : (فلا يلزم الطلاق) عبارة **تت** : قوله : وإن لم يسم طلاقا ، إشارة لمن يقول ليس طلاقا إلا أن يسمى طلاقا ، وإن لم يسم لم يلزم ، وهو فسخ اهـ المراد منه . لكن يرد على ذلك أن عين المردود عليه آخرا هو عين المردود عليه أولا بقوله : طلقة ، إلا أن يقال : إن

ويكسر الخمر ، ويقتل الخنزير ، وليس له قبل المرأة فى نظير ذلك شىء على المشهور .

وحكمه الجواز إلا أن يكون مضرا لها ، فتبذل العوض لتتخلص من ظلمه ، فيحرم أخذه ، ويرده ، وينفذ طلاقه .

المردود عليه بقوله أولا وهو طلاق من يقول إنه فسخ ، وإن صرح بلفظ الطلاق ، وهو ما يفيده عبارة الشيخ أبى الحسن على المدونة .

قوله : (ويقتل الخنزير) وقيل يسرح ، فهما قولان .

وقوله : (ويكسُر الخمر) أى : تكسر أوانى الخمر ، ويراق الخمر ، وقيل لا تكسر بل يراق . وانظر ما وجه الأول حيث كانت نفيسة ، ولا يغوص فيها شىء من الخمر كالصينى ، والنحاس .

قوله : (وليس له قبل المرأة الخ) أى : حيث علم وحده ، أو معها ، أو كانا جاهلين ، فإن علمت دونه لم يقع طلاق ، فإن تخللت الخمر فللزوج ، وانظر : إذا وقع الخلع على قلة خل فإذا هى خمر ، فهل له مثله كالنكاح ؟ وهو الظاهر ، بل المتعين أو لا شىء له ، كذا فى الزرقانى .

قوله: (على المشهور) وقيل بخلع المثل .

وقوله : (وحكمه الجواز) أى حكم الخلع الجواز ، أى : المستوى الطرفين ، أى : ليس بمكروه ، ففيه رد لقول ابن القصار : لا يقال الجائز يصدق بالمكروه فليس فيه رد ، لأنا نقول : الجائز إذا أطلق فى الأصول ينصرف إلى الجائز المستوى الطرفين ، كذا قال الشيخ يوسف الفيشى .

قوله : (إلا أن يكون مضرا لها) أى : ضررا لها التطليق به ، فليس من الضرر تأديبها على ترك الصلاة ، والغسل من الجنابة ، فإن شاء أمسكها وأدبها ، وإن شاء فارقها وحل له ما أخذ منها ، ولا يخفى أن هذا الاستثناء منقطع .

قوله : (ويرده الخ) حاصل هذه المسألة : أن المرأة إذا أقامت على الضرر شاهدا يشهد لها على الزوج بأنه يضرها ، وحلفت معه ، فإنها ترد المال منه ، ومثل الشاهد المرأتان ، أى : شهادة القطع ، وأما شهادة السماع فستأتى .

وكذا إذا ادعت بعد المخالعة أنها ما خالعت إلا عن ضرورة ، وأقامت بينة سماع على

ثم انتقل يتكلم على ألفاظ الكناية الموعود بمجيئها فقال : (وَمَنْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ أَنْتِ طَالِقٌ أَلْبَتَّةَ فَهِيَ ثَلَاثَةٌ فى الَّتِي دَخَلَ بِهَا أَوْ لَمْ يَدْخُلْ) ولا ينوَّى ، ما ذكره هو مذهب المدونة ، وشهره ابن بشير ، وقيل يُنَوّى إن لم يدخل وشهره ابن الحاجب فيها ، وفى سائر الكنايات الظاهرة (فَإِنْ قَالَ) لها أنت (بَرِيَّةٌ أَوْ خَلِيَّةٌ أَوْ حَرَامٌ أَوْ حَبْلُكِ عَلَى غَارِبِكِ فَهِيَ ثَلَاثٌ فى التى دَخَلَ بِهَا وَيُنَوَّى) فى عدد

ذلك فإن الزوج يرد ما خالعها به ، وبانت منه ، ولا يشترط فى هذه البينة السماع من الثقات وغيرهم ، بل لو ذكرت أنها سمعت ممن لا تقبل شهادته : كالخدم ونحوهم ، عمل على شهادتها ، واقتصر ابن عبد السلام على أنه يرد المال بشهادة واحد على السماع مع اليمين ، وقيل لا يكفى ؛ ورد المال بشهادة امرأتين على السماع ضعيف .

قوله : (أنت طالق ألبتة) لا يشترط لفظ الطلاق مع ألبتة ، وألبتة بقطع الهمزة من البت ، وهو : القطع ، والنصب على المصدرية كما فى القسطلانى ، فكأن الزوج قطع العصمة التى بينه وبين زوجته ، ولم يبق منها شيئا .

قوله : (وشهره ابن الحاجب) فقد قال رحمه الله ، وقد اختلف المذهب فى الكنايات الظاهرة ، فجاء ثلاث فيهما – أي : فى المدخول بها وغيرها – ولا ينوّى ، وجاء يُنَوَّى فى غير المدخول بها ، وهو المشهور . قال صاحب التوضيح : ما ذكر المصنف أنه المشهور من أنه ينوَّى فى جميع الكنايات فى غير المدخول بها خلاف المدونة والرسالة ، فإن فيهما أنه لا ينوى فى ألبتة مطلقا ، مدخولا بها أم لا ، وإنما ينوى فيما عداها من الكنايات اهـ .

والحاصل : أن ما شهره ابن الحاجب ضعيف ، والمشهور ما مشى عليه المصنف كما قرر .

قوله : (فإن قال لها أنت برية) أى : أو أنت كالدم ، أو الميتة ، أو وهبتك ، أو رددتك لأهلك ، أو ما أنقلب إليه من أهل حرام ، أو أنا بائن ، أو أنت بائن ؛ وكذا إذا قال لزوجته المدخول بها : أنت طالق واحدة بائنة ، لأن المدخول بها لا يبينها إلا الثلاث ، أو الخلع .

قوله : (أو حبلك على غاربك) خلاف المشهور ، والمشهور : أنه يلزمه الثلاث مطلقا ، دخل بها أو لم يدخل .

الطلاق ، لا فى إرادة غير الطلاق (فِي الَّتِي لَمْ يَدْخُلْ بِهَا) وقد ذكرنا فى الأصل معانى هذه الألفاظ .

(وَالمُطَلَّقَةُ) التى سمى لها الزوج صداقا جائزا (قَبْلَ الْبِنَاءِ) يجب (لَهَا

والحاصل : أن الكناية الظاهرة على ثلاثة أقسام :

ما يلزم فيه الثلاث مطلقا ولا ينوى ، وذلك فى بتة ، وحبلك على غاربك على المعتمد .

وما يلزم فيه الثلاث ابتداء حتى يدعى نية أقل فى غير المدخول بها .

وما يلزم فيه الثلاث ابتداء حتى يدعى نية أقل حتى فى المدخول بها فيقبل ، كما إذا قال لها : خليت سبيلك .

تنبيه : جميع ما تقدم ، من الصريح والكناية ، حيث لا بساط ، وأما لو رفعته بينة ، أو كان عند المفتى ، وادعى أنه لم يرد الطلاق بهذا اللفظ ، فإنه يصدق إن دل بساط على نفى الطلاق ، لكن عند القاضى حيث رفعته بينة بيمين ، وإن كان مستفتيا صدق بلا يمين . قال المتيطى : إن قال لمن طلقها هو ، أو غيره قبله : يا مطلقة ، وزعم أنه لم يرد طلاقا ، وإنما قصد الإخبار بما حصل له ، أو أكثرت فى مراجعته على غير شىء ، فقال لها على طريق التشبيه : يا مطلقة ، وادعى إنما أراد : يامثل المطلقة فى طول اللسان وقلة الأدب ، فإنه يصدق فى ذلك ، أو قال لها : أنت كالميتة ، أو الدم ، وادعى أنه أراد فى الرائحة ، أو قال : أردت بائن ، منفصل إذا كان بينهما فرجة ، أو أنت كالدم فى الاستقذار ، إذا كانت رائحتها قذرة أو كريهة .

وقولهم : إن الطلاق يلزم به ولو هازلا ما لم يكن بساط ، وإلا فيصدق كما لو كانت موثقة وقالت : أطلقنى ، فقال : أنت طالق . واعلم أيضا : أن محل لزوم الطلاق فى نحو : حبلك على غاربك ، إذا كان العرف يستعملها فى الطلاق ، وإلا كانت كناية خفية ؛ فإن اعتاد ذلك ، أو اعتاده أهل بلده ، وأولى لو كان عادة الجميع ، لزم الطلاق به ، وإلا فلا . حتى ينوى الطلاق .

قوله : (وقد ذكرنا فى الأصل معانى هذه الألفاظ) أى : برية من البراءة ، أى : برية من الزوج . وخلية ، أى : خلى الجسم من عصمة النكاح . وحرام ، أى : ممنوعة منى للفرقة ، وحبلك على غاربك ، أصله : أن يفسخ خطام البعير عن أنفه ، ويلقى على غاربه وهو مقدم سنامه ، ويسيب للرعى ، فكأن الزوج يقول لها : قد سيبتك ، وصرت مستقلة لا زوج لك .

قوله : (والمطلقة قبل البناء) المراد بها الوطء ، لا مجرد الاختلاء بها .

نِصْفُ الصَّدَاقِ) الذى سماه لها إذا كان النكاح صحيحا ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ ﴾ [البقرة . ٢٣٧] أى : الثيبات الرشيدات ﴿ أَوْ يَعْفُوَ ٱلَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ [البقرة : ٢٣٧] وهو الأب فى ابنته البكر ، والسيد فى أمته ، وقيدنا بسمى لها ، احترازا مما إذا لم يسم لها شيئا ، وذلك فى نكاح التفويض ، وقد تقدم حكمه ، وبجائز ، احترازا عما إذا سمى لها ما لا يجوز . وبالنكاح الصحيح ، احترازا مما إذا كان

قوله : (إذا كان النكاح صحيحا) لا يستغنى عنه بقوله : صداقا جائزا ، لأنه يكون الصداق جائزا ، ويكون النكاح فاسدا لوجه آخر .

وخلاصة ما فى المقام : أن جواز الصداق أعم من كون النكاح صحيحا ، فكل نكاح صحيح ، الصداقُ فيه جائز ، ولا العكس . وقد تقرر أن نقيض الأعم أخص ، ونقيض الأخص أعم ، فحينئذ يستغنى بمحترز الثانى الذى هو قوله : صحيحا ، عن محترز الأول الذى هو جائز . تدبر .

قوله : (من قبل أن تمسوهن) المراد به الوطء .

قوله : (الرشيدات) أى : لا السفيهات .

قوله : (وهو الأب) أى : لا غيره ولو وصيا مجبرا .

وقوله : (البكر) أى : أو الثيب الصغيرة ، بشرط أن يكون ذلك قبل الدخول وبعد الطلاق ، وكذا قبل الطلاق عند ابن القاسم ، حملا على أن الأصل فى أفعال الأب لها حملها على المصلحة . لا عند مالك حملا على أن الأصل فى الإسقاط عدم المصلحة . ووفق بينهما : بأن كلا يقول إن عفوه حال الجهل محمول على المصلحة ؛ ويحمل قول الإمام : لا يجوز عفوه قبل الطلاق ، على ما إذا تحقق عدم المصلحة . ومفهوم قولنا : قبل الدخول ، أنه ليس للأب العفو بعده لأنها لما صارت ثيبا صار لها الكلام ؛ وهذا إذا كانت رشيدة ، وإلا فالكلام للأب .

قوله : (احترازا عما إذا سمى ما لا يجوز) لا يخفى أنه إن أريد بما لا يجوز من حيث ذاته فلا استثناء ، وإن أريد بما هو أعم دخل الصداق إذا كان أقل من ربع دينار ، أو ثلاثة دراهم ، فيستثنى ذلك من كلامه ، لأنه بالطلاق قبل البناء يلزمه نصف ذلك .

فاسدا ، فإنه لا شيء لها . ج : ظاهر قوله : قبل البناء ، أنه لو دخل بها لكان لها جميع الصداق ولو كان صبيا ، وليس كذلك ، فإن الصبى إذا دخل بها ليس لها إلا نصف الصداق ، لأن دخوله كَلَا دخول ، وقد علم معنى قوله : (إِلَّا أَنْ تَعْفُوَ) أى : عن نصف الصداق (هِيَ إِنْ كَانَتْ ثَيِّباً) رشيدة (وَإِنْ كَانَتْ بِكْرًا فَذَلِكَ) أى : العفو راجع (إِلَى أَبِيهَا وَكَذَلِكَ السَّيِّدُ فى أَمَتِهِ) .

(وَمَنْ طَلَّقَ) امرأته الحرة ، مسلمة كانت أو كتابية ، أو الأمة المسلمة مدخولا بها ، أو غير مدخول بها ، لم يسم لها ، طلاقا بائنا أو رجعيا ، كان المطلق حرا ، أو عبدا ، فى نكاح لازم (فَيَنْبَغِى) بمعنى يستحب (لَهُ أَنْ يُمَتِّعَهَا) أى : يعطيها شيئا يجرى مجرى الهبة بحسب ما يحسن من مثله على قدر حاله من عسر

قوله : (فإن الصبى إذا دخل بها) أى : وطئها الخ ، أى : لأن الصداق لا يتقرر إلا بوطء الزوج البالغ مع إطاقة الزوجة ، ولو كان الوطء حراما : كوطء فى حيض ، أو دبر ، وكذلك يتقرر بموت أحدهما أو موتهما ، ولو كان الزوج صبيا وهى غير مطيقة ، ولو كان موتها بقتلها نفسها كراهية فى زوجها ، أو بقتل سيدها لها إن كانت أمة ، ويبقى النظر فى قتل المرأة زوجها ، ويظهر ألا يتكمل لها بذلك لاتهامها ، ولئلا يكون ذريعة لقتل النساء أزواجهن ، وكذا يتقرر بإقامة سنة بعد الاختلاء بها حيث كان الزوج بالغا ، وهى مطيقة ، لتنزل إقامة سنة الوطء — هذا إذا كان الزوج حرا — وينبغى — كما قال بعض — إذا كان عبدا أن يعتبر إقامة نصف سنة ، وإذا أزال الزوج بكارة زوجته بأصبعه ، فإن طلقها قبل وطئها فلها نصف الصداق مع أرش البكارة ، وبعده فلها الصداق فقط .

قوله : (كان المطلق حرا أو عبدا) أى : لأن الإذن للعبد فى النكاح إذن فى توابعه .

قوله : (يجرى مجرى الهبة) أى : فإن مات الزوج قبل أن يمتعها سقطت ، بائنا ، أو رجعية . قال الشيخ أحمد الزرقانى : وانظر : هل مرض الزوج كالموت يسقط أيضا — وهو الظاهر — لأنها هبة لم تقبض أم لا ؟ فإن ماتت قبل أن تمتع ، فإن المتعة تدفع إلى ورثتها ، بائنا أو رجعية ، قال الخرشى : وحكم الإعطاء للورثة كحكم الأصل ، وهو : الندب ، لأن الكسر الحاصل لها حاصل لورثتها ؛ ومحل الإعطاء لورثتها حيث ماتت المطلقة طلاقا رجعيا بعد انقضاء العدة ، أما لو ماتت فى العدة فلا متعة لورثتها ، لأن الأصل لا متعة له فى تلك الحالة .

قوله : (بحسب ما يحسن) لو قال : وبحسب ما يحسن ، لكان أحسن ، لأنها فى ذاتها مندوبة ، وبحسب حاله مندوب آخر .

ويسر ، قال فى المدونة : أعلاها خادم ، أو نفقة ، وأدناها كسوة . بعضهم : يعنى بالنفقة ما يقرب من ثمن الخادم . وقوله : (وَلَا يُجْبَرُ) إذ المستحب لا يجبر عليه من أباه . وقيدنا بلازم ، احترازا من ذات العيب إذا ردت به ، لأنها غارّة .

ووقت المتعة فى الطلاق الرجعى بعد انقضاء العدة ، لأنها قبل ذلك زوجة . وفى الطلاق البائن بإثر الطلاق . وإنما كانت المتعة مستحبة بعده ، تسلية للفراق ، وتطيباً لنفسها . ويدل للاستحباب تقييده تعالى الآية مرة بالإحسان ، ومرة بالتقوى .

قوله : (على قدر حاله) تفسير لقوله : بحسب ما يحسن ، وإنما روعى حاله فقط ، لأن كسرها جاء من قبله .

قوله : (وأدناها كسوة) هذا فى الذى له قدرة على ذلك ، وإلا فالعبرة بحاله ، ولو أقل من ذلك ، ولا فرق فى كون الزوج صحيحا ، أو مريضا مرضا مخوفا ، لأنه لما أمر بها فى مقابلة كسر المطلقة لم يكن تبرعا ، ولمراعاة القول بوجوبها . وانظر : ما المراد بالكسوة ، هل قميص ، وخمار ، أو قميص فقط ؟ والظاهر الأول .

قوله : (ما يقرب من ثمن الخادم) والظاهر اعتبار كونها من أوسط الرقيق . وانظر : ما أراد بالقرب ؟ والظاهر ما تقوله أهل المعرفة ، وفى الشيخ أبى الحسن على المدونة : أن المراد نفقة تساوى قيمة خادم ، يدل عليه قرانها مع الخادم اهـ .

قوله : (ولا يجبر تأكيد [1] الخ) والجواب : أنه صرح به دفعا لما يتوهم من استعمال : ينبغى فى الوجوب ، كما اتفق للمصنف من ذلك قوله : وينبغى للصائم أن يحفظ لسانه وجوارحه أو لتأكيد الرد على ابن مسلمة ، وابن حبيب ، والأبهرى فى قولهم بفرضيتها ، كالشافعى .

قوله : (احترازا من ذات العيب) وأما إذا كان به العيب ، فظاهر كلامه أن لها المتعة ، وليس كذلك ، بل لا متعة لها أيضا ، لأن الرد من جهتها قاله : **عج** .

قوله : (وفى الطلاق البائن بإثر الطلاق) فلو ردها لعصمته قبل دفعها لها فإنها تسقط ، ولو كان الطلاق بائنا .

قوله : (تقييده) لأنه قال : ﴿ حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة : ٢٣٦] وَقال : ﴿حَقًّا

---

(١) الظاهر أنه لفظة تأكيد سقطت من الشرح كما هو واضح من الحاشية . وانظر كذلك الثمر الداني فى تقريب المعانى ص ٣٤٩ الطبعة الثانية ١٩٤٤ ، الحلبى .

ولما كان كلامه يوهم أن كل من طلق يمتع ، وكان لهم مسائل لا متعة فيها ، رفع ذلك التوهم بالتنصيص على بعض ذلك فقال : (وَالَّتِى) أي : المطلقة التى (لَمْ يَدْخُلْ بِهَا وَ) الحال أنه كان (قَدْ فَرَضَ لَهَا) صداقا (فَـ)ـإنه (لَا مُتْعَةَ لَهَا) لأنها قد أخذت نصف الصداق مع بقاء سلعتها ، ومفهومه : أنها إذا لم يفرض لها ، فإن لها المتعة ، وهو كذلك كما قدمنا (وَ) كذلك (لَا) متعة (لِلْمُخْتَلِعَةِ) لأنها قد دفعت شيئا من مالها لأجل فراقها من زوجها كراهية فيه ، فلا ألم عندها المطلوب رفعه بإعطاء المتعة . وبقية المسائل التى لا متعة فيها مذكورة فى الأصل .

ثم انتقل يتكلم على مسألة كان الأنسب ذكرها عقب نكاح التفويض ، وهي (وَإِنْ مَاتَ) الزوج (عَنْ) زوجته (الَّتِى لَمْ يَفْرِضْ لَهَا) صداقا (وَ) الحال أنه (لَمْ يَبْنِ بِهَا فَلَهَا الْمِيرَاثُ مِنْهُ) اتفاقا ، لأنه بالعقد صح التوارث بينهما (وَ) لكن (لَا صَدَاقَ لَهَا) عليه على المشهور ، ومفهوم كلامه : أنه لو فرض لها كان

عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ ﴾ [البقره . ٢٤١] والتعبير بالإحسان صرف الحق عن الوجوب ، لأن الوجوب لا يتقيد بالمحسنين ولا بالمتقين . وأيضا الحق قد يراد به الثابت المقابل للباطل .

قوله : (لأنها قد دفعت شيئا من مالها) أى : أو كان العوض من غيرها ورضيت به ، وإلا فلها المتعة قاله : **عج** .

قوله : (وبقية المسائل التى لا متعة فيها مذكورة فى الأصل) فمن الذى لا متعة فيه : المخيرة ، والمملكة ، والمعتقة تحت العبد تختار الفراق ، أو التى ملكت زوجها ، أو ملكها ، بخلاف التى اختارت فراقه لتزويج عليها ، أو لعلمها بواحدة فألفت أكثر ، فإن لها المتعة لأن الطلاق بسببه ، ولعله أراد بالأصل : الكبير ، لأنه أحالها فى التحقيق عليه .

قوله : (لأنه بالعقد صح التوارث) أى : لأن عقد النكاح فى الصحة ، وأما لو عقد فى مرضه وفرض فيه ، فلزوجته المسمى الذى فرضه ، سواء دخل أم لا ، زاد على صداق المثل أم لا ، من الثلث لأنها وصية لغير وارث ، لأن العقد فاسد . ومحل كلام المصنف فى الحر ، وأما العبد فإن ما فرضه فى مرضه صحيح لازم ليس بوصية بل هو صداق ، ولا يقال : هو محجور عليه ، لأنا نقول : هو مستند لإذن سيده ، كما ذكره الخرشى عن تقريره .

قوله : (ولكن لا صداق لها عليه على المشهور) وقيل لها الصداق ، واختاره ابن العربى وغيره .

لها الصداق أيضا ، وهذا إذا فرض لها فى حال الصحة ، أما إذا فرض لها فى المرض ، وكانت مسلمة حرة ، فلا شىء لها .

ثم صرح بمفهوم قوله لم يبن بها فقال (وَلَوْ دَخَلَ بِهَا) أى : التى مات عنها ولم يفرض لها (كَانَ لَهَا) مع الميراث (صَدَاقُ الْمِثْلِ) لأنه قد فوت عليها سلعتها ، والسلعة الفائتة إنما تجب فيها القيمة ، وهى هنا : صداق المثل (إِنْ لَمْ تَكُنْ رَضِيَتْ بشىء مَعْلُومٍ) ع : أراد إن لم تكن رضيت بأقل من صداق المثل . قال عبد الوهاب : إلا أن فى تنزيله على اللفظ صعوبة .

ثم انتقل يتكلم على عيوب توجد فى المرأة ، يثبت للزوج رد المرأة بها ،

قوله : (وكانت مسلمة حرة) أى : وأما لو كانت أمة ، أو كتابية ، فقيل : لها ذلك فى الثلث لأنها وصية لغير وارث ، فتحاصص به أهل الوصايا فى الثلث ، وهو قول محمد بن المواز عن مالك ، وقيل بالبطلان ، لأنه إنما فرض لأجل الوطء ولم يحصل ، فليس ما وقع منه وصية بل صداق ، وهو قول عبد الملك بن يونس وهو أحسن .

قوله : (فلا شىء لها) أى : لأنها وصية لوارث فتبطل ، إلا أن يجيزها الورثة فتكون منهم للموصى له لا وصية .

قوله : (أراد إن لم تكن الخ) أى : حيث كانت رشيدة ، فيجوز لها الرضا بدون صداق المثل ولو بعد البناء ، كما فى المحجورة ، بخلاف الوصى فيجوز له ذلك قبل البناء لا بعده ، حيث كان الرضا قبله لمصلحة ؛ وأما المهملة ، ومحققة السفه ، فليس لهما الرضا به مطلقا ، ولا يلزمهما إن رضيا به ، ولهما الرد بعد الرشد كالحكم قبله .

قوله : (إلا أن فى تنزيله على اللفظ صعوبة) وجه ذلك : أن قول المصنف ، إن لم تكن رضيت بشىء معلوم ، ظاهره : إن لم تكن رضيت بشىء معلوم سماه لها ، مع أن الكلام فى نكاح التفويض لا فى نكاح التسمية ، فالمراد : وإن لم يكن ظاهر العبارة لها صداق المثل إن لم ترض بدونه حيث كانت رشيدة ، على ما بينا .

فقال : (وَتُرَدُّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْجُنُونِ وَالْجُذَامِ وَالْبَرَصِ) – بالفتح – بياض معروف ، وعلامته : أن يعصر فلا يحمر ، ظاهر كلامه : ثبوت الرد به ولو قل ، وهو كذلك على المشهور .

(وَ) ترد المرأة بـ(دَاءِ الْفَرْجِ) وهو ما يمنع الوطء ، أو لذته ، وهو خمسة أشياء :

قوله : (وترد المرأة من الجنون) مطبقا أم لا ، أى : جنون سابق على العقد إلا أن يتلذذ بها بعد العلم بالجنون ، فيسقط خياره ولو مع الجهل بالخيار ، أو بأن التلذذ يقطع الخيار ، وغرم نصف الصداق إن فارق قبل الدخول ، وظاهر كلامهم : ولو كان السالم صغيرا .

قوله : (والجذام والبرص) أى : المحققين ، لا إن شك فلا فرقة .

قوله : (بياض معروف) ظاهر عبارته : أنه لا رد بالبرص الأسود ، وليس كذلك ، إذ لا فرق بين الأبيض والأسود الأردإ من الأبيض ، لأنه من مقدمات الجذام . ويجاب عن الشارح : بأنه نص على المتوهم ، ولا خيار بالبهق .

قوله : (فلا يحمر) – بفتح الياء ، وسكون الحاء ، وفتح الميم – أى لا يحمر لكون الدم قد ذهب ، ولذا قال بعض : وإذا نخس البرص بإبرة خرج منه ماء ، ومن البهق دم اهـ .

قوله : (وعلامته أن يعصر) وعلامة الأسود التفليس ، أى : يشبه قشره لكونه مدور الفلوس .

قوله : (وهو كذلك على المشهور) حكى بعضهم أن البرص إذا كان فى المرأة فهو اتفاق – كان يسيرا أو كثيرا – فانظر : قول الشارح : على المشهور ، المفيد أنها ذات خلاف . وهذا كله فى جذم ، وبرص ، ومثلهما جنون بالمرأة ، قبل تمام العقد لا بعده .

وحاصل ما يتعلق بهذه المسألة : أن الجذام والبرص ، ومثلهما الجنون إذا كان الواحد منها بالمرأة فلا ترد إلا إذا كان سابقا على تمام العقد قبل العقد ، أو حينه ، قل أو كثر ، بشرط التحقق لا بعد العقد فلا رد ، وأما إذا كان الواحد منها بالرجل – وسيأتى فى كلام الشارح – فيرد مطلقا قبل العقد أو بعده ، ولو بعد الدخول فى الجذام مطلقا ، وفى البرص قبل العقد لا إن حدث به بعد العقد ، فيشترط كونه متفاحشا ، والفرق أن العصمة بيد الرجل ، فهو قادر على الفراق دونها .

القرن – بسكون الراء وفتحها – لحمة تكون فى فم الفرج .

والرتق – بفتح الراء والتاء – وهو التحام الفرج ، بحيث لا يمكن دخول الذكر .

والإفضاء وهو : أن يكون مسلك البول ومسلك الجماع واحدا .

والاستحاضة وهى :– كما تقدم – جريان الدم فى غير زمن الحيض ، وهى تمنع من كمال الجماع .

والبخر وهو : نتن الفرج .

قوله : (لحمة تكون فى فم الفرج) بفتح اللام : القطعة من اللحم ، وأما بالضم : فالقرابة . انظر القاموس . أى : لحمة تشبه قرن الشاة فيسهل علاجها ، وهذا باعتبار الغالب ، ومن غير الغالب تكون عظما ، فيعسر علاجها .

قوله : (وهو أن يكون مسلك البول الخ) وأولى اختلاط مسلك البول ومخرج الغائط ، إلا أنه لا يقال له إفضاء .

قوله : (والاستحاضة) هذا خلاف المذهب ، والمذهب أن الاستحاضة ليست بعيب ، ولو أتى بدلها بالفعل لكان صوابا ، وهو لحم يبرز فى فرج المرأة يشبه أدرة الرجل ولا تسلم غالبا من رشح ، وقيل رغوة فى الفرج تحدث عند الجماع . فإن قلت : هذه الأمور إنما تدرك بالوطء ، وهو يدل على الرضا ؟ قلت : الوطء الدال على الرضا هو الحاصل بعد علم موجب الخيار ، لا الحاصل قبله .

قوله : (والبخر وهو نتن الفرج) وأما نتن الفم فليس بعيب على المذهب ، بخلاف باب البيع فهو عيب كان بالفم أو بالفرج .

ولا رد بحرق الفرج ، والسواد ، والكبر ، والصغر الفادح ، والعمى ، والثيوبة ، ولو كان الزوج يظنها بضد ذلك إلا أن يكون الزوج شرط السلامة من ذلك ، سواء عين ما شرط السلامة منه ، أو قال من العيوب ، أو من كل عيب ، والقول قولها فى عدم شرط السلامة إذا ادعاه الزوج ، والعرف ليس كالشرط ، وذلك أن النكاح مبنى على المكارمة . وإذا شرط الزوج السلامة من تلك العيوب التى لا ترد إلا بالشرط ، ولم يوجد ما شرطه ، فإن اطلع على ذلك قبل البناء : فإما أن يرضى وعليه جميع الصداق ، أو يفارق ولا شىء عليه . وإن كان بعد البناء ،

وإذا أنكرت دعوى عيبها ، فما كان ظاهرا كالجذام بوجهها وكفيها أثبت بالرجال ، وما كان بسائر جسدها ، غير الفرج ، أثبت بالنساء ، وما كان بالفرج فقال مالك ، وابن القاسم : تصدق . وعن مالك : ينظرها النساء (فَإِنْ دَخَلَ الزَّوْجُ) بالَّتى (بِهَا) شيء من العيوب المتقدمة (وَ) الحال أنه (لَمْ يَعْلَمْ بِهِ) عند الدخول (وَدَّى) أى : دفع (صَدَاقَهَا وَرَجَعَ بِهِ) معنى كلامه : أنه يلزمه أن يدفع لها جميع الصداق ، ثم يرجع به (عَلَى أَبِيهَا) إن كان زوجها له ، ظاهره : ولو كان

ردت لصداق مثلها ما لم يكن صداق مثلها أكثر من المسمى ، فليس لها إلا المسمى ، فليس كالعيب الذي يثبت به الخيار فيها من غير شرط .

قوله : (فقال مالك وابن القاسم تصدق) أى : بيمين ، ولها أن ترد اليمين على روجها ، ولا ينظر إليها النساء إلا إذا أتى الزوج بامرأة أو امرأتين تشهدان بخلاف ذلك ، ورضيت فيعمل بذلك ، ولا تصدق حينئذ . وظاهره : ولو حصلت الشهادة بعد حلفها على ما ادعت ، ولا يكون تعمدهما النظر جرحة .

وما تقرر من أنه لا يجوز النظر لفرج المرأة ، ولو رضيت ، فهو محمول على ما إذا لم يكن ذلك لنفع شرعى ، فعلى هذا قول الشارح : وعن مالك تنظرها النساء ، أى : جبرا . ونسب هذا القول لسحنون ، وهذا القول ضعيف .

وسكت الشارح عن العيب يكون بالرجل - كما يأتى للشارح - والظاهر أنه أراد النساء الجنس ، فيصدق بالواحدة .

قوله : (فإن دخل الزوج) أى : الزوج البالغ بها ، أى : بزوجته المطيقة .

قوله : (والحال أنه لم يعلم) أى : ولم يحصل منه بعد علمه ما يدل على الرضا ، وأما إذا لم يدخل وردها فلا صداق إذا كان الرد بغير طلاق ، وأما به فعليه نصف الصداق .

قوله : (معنى كلامه) إنما احتاج لذلك ، لكون ودى فعلا ماضيا فى معنى يودى ، وليس صريحا فى اللزوم ، مع أنه المراد .

قوله : (ثم يرجع به على أبيها) أى : يرجع الزوج بجميعه على أبيها ، لأنه هو الذى غره

معسرا ، ولا يرجع الأب على المرأة بشيء ، وهو كذلك إذا كانت غائبة حين التزويج ، أما إذا زوَّجها بحضورها ، وكتما العيب ، فيخير الزوج فى الرجوع عليها وعليه ، فإن رجع عليها فلا رجوع لها على الولى ، وإن رجع على الولى رجع الولى عليها .

(وَكَذَلِكَ) مثل رجوع الزوج على الأب فى الحكم (إِنْ كَانَ الَّذِى زَوَّجَهَا أَخُوهَا) فإنه يرجع عليه ، وتنصيصه على الأب والأخ ليس للاختصاص بل مراده بذلك : كل ولى قريب لا يخفى عليه عيب المرأة .

وظاهر كلامه : أنه يرجع عليه ولو كان غائبا غيبة بعيدة ، بحيث يخفى عليه خبرها ، وهو كذلك عند أشهب . وقال ابن حبيب : يحلف ما علم به ، ويسقط عنه الغرم ، ويرجع على الزوجة ، ويترك لها ربع دينار .

ويدل على أنه لم يرد بذكر الأب والأخ الاختصاص قوله : (وَإِنْ زَوَّجَهَا وَلِيٌّ لَيْسَ بِقَرِيبِ الْقَرَابَةِ) أى : بعيد ، كابن العم ولم يعلم بالعيب ، ودخل بها الزوج

ودلس عليه ؛ ولا فرق بين كون النكاح صحيحا أو فاسدا .

قوله : (وظاهره ولو كان معسرا) وهو كذلك بل ولو مات ولم يخلف شيئا .

قوله : (وكتما العيب) أى : لم يخبرا به .

قوله : (وعليه) أى : أو عليه ، فإن رجع عليها فلا رجوع لها على الولى ، لكن إذا رجع عليها يرجع عليها بالجميع إلا ربع دينار ، وإن رجع على الولى رجع عليه بجميعه ، وقال بعضهم : إنه ينبغى أن يترك لمن أخذ منه ربع دينار ، سواء كان من أخذ منه الزوجة أو الولى ، لئلا يعرى البضع عن صداق . وكذا ذكره بعضهم فى المسألة المتقدمة ، أعنى : ما إذا زوجها أبوها – مثلا – ولم تكن حاضرة العقد .

قوله : (بل مراده بذلك كل ولى قريب) أى : كالجد ، إذ قال فى التحقيق : والأقرب أن الجد من قريب القرابة .

قوله : (وقال ابن حبيب) هو المعتمد فيما ذكر تقييدا وهو ظاهر .

قوله : (كابن العم) وأما العم فكالأخ .

قوله : (وإن علم بالعيب) يعنى : أن الولى البعيد إذا علم بالعيب وكتمه عن الزوج ،

فلا شيء عليه ، وإن علم بالعيب رجع عليه كالقريب ، وحيث قلنا لا رجوع له على البعيد ، فإنه يرجع على المرأة بجميع الصداق (وَلَا يَكُونُ لَهَا) منه (إِلَّا رُبُعُ دِينَارٍ) لئلا يعرى البضع عن بدل .

تتميم : وكذلك يثبت للمرأة الرد إذا وجدت بالرجل : الجنون ، والجذام ، والبرص ، وداء الفرج ، وهو : جبه ، وخصاؤه ، وعنته ، واعتراضه . فالجب قطع الذكر والأنثيين . والخصاء قطع أحدهما . والعنة فرط صغر الذكر . والاعتراض عدم

حكمه حكم الولى القريب فى الرجوع عليه فقط إن كانت غائبة ، وعليه وعليها إن زوجها بحضورها كاتمين ، **ولعج** هنا : أن ما كان من العيوب مما يعلم بالدخول كالعقل فإن حكم الولى القريب فيه كالبعيد ، وتأمله . فإنْ تنازَع الزوج مع الولى البعيد فى العلم وعدمه ، فالقول للولى البعيد بيمينه : إنه لا يعلم عيبها . فإن حلف برئ ؛ وإن نكل غرم للزوج جميع الصداق بمجرد نكوله فى دعوى الاتهام ، وبعد حلفه فى دعوى التحقيق وإذا برئ الولى إما بحلفه ، أو بنكول الزوج فى دعوى التحقيق ، فإنه يضيع الصداق على الزوج على المعتمد ، كما إذا لم يبرأ الولى وأعسر فلا رجوع عليها .

قوله : (والخصاء قطع أحدهما) لكن إذا كان مقطوع الأنثيين قائم الذكر فيشترط أن يكون لا يمنى ، فإن أمنى فلا رد . ولا ترد العقيم ، وسل الأنثيين كقطعهما ، وقطع الحشفة كقطع الذكر ، ومما يرد به أحد الزوجين الآخر العذبطة – بكسر العين المهملة ، وسكون الذال المعجمة ، والباء الموحدة [1] – وهى : الحدث عند الجماع بولا أو غائطا ، ولا رد بالريح . وفى البول فى الفرش قولان . وقضية كلام الحطاب ترجيح أنه ليس بعيب . ويثبت لكل منهما الخيار إذا كان البرص بكل منهما ، لأنه يزيد بسبب الاجتماع . والظاهر أن جنون كلٍّ كذلك ، بخلاف ما إذا كان بكل واحد العذيطة فيما يظهر ، كذا فى بعض الشراح .

قوله : (فرط) أى : شدة صغر الذكر .

---

(١) قوله والباء الموحدة المشهور على ألسنة الفقهاء عذيطة بالياء التحتية اهـ .

القدرة على الوطء لعلة . وإلى حكمه أشار بقوله : (وَيُؤَجَّلُ الْمُعْتَرِضُ سَنَةً) من يوم الحكم ، ظاهره حرا كان أو عبدا ، وهو كذلك عند جمهور الفقهاء ، وحكاه عبد الوهاب عن مالك ، وعنه يؤجل العبد نصف سنة ، وعليه اقتصر صاحب المختصر (فَإِنْ وَطِئَ) فى الأجل فلا يفرق بينهما (وَإِلَّا) أى : وإن لم يطأ فيه (فُرِّقَ بَيْنَهُمَا) إذا تقاررا على عدم الوطء فى الأجل (إِنْ شَاءَتْ) بطلقة بائنة ،

تتمة : لا رد بجذام واحد من الأصول بخلاف البيع لأن النكاح مبنى على المكارمة . وإذا تنازعا فى العلم قبل العقد ، أو فى الرضا به ، فإن من ادعى عليه العلم يحلف على نفى العلم ، فإن حلف ثبت الخيار ، وإن نكل حلف الآخر وسقط الخيار ، وانظر لو نكلا .

قوله : (ويؤجل المعترض سنة) أى : إذا لم يسبق منه وطء لها ، كان الاعتراض سابقا على العقد ، أو متأخرا عنه ، فإن سبق منه وطء لها ، ثم اعترض ، فتلك مصيبة نزلت بها . وكذا خصاء ، أو جُب ، أو كبر أدرة ، أو هرم حدث بعد الوطء ، حيث لم يتسبب فى ذلك وإلا فلها الخيار ، وأما لو تزوجته فوجدته كبير الأدرة فإن منعت الوطء فلها الخيار - وإلا فلا - ومحل كونها لا رد لها بالحادث من جب ونحوه بعد الوطء حيث لم تخش على نفسها الزنا ، وإلا فلها التطليق لأن للمرأة التطليق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال .

وقوله : (سنة) أى : سنة بعد الصحة من يوم الحكم ، فلا يؤجل وهو بالمرض ، ولا عبرة بالمرض الطارئ بعد ضرب الأجل ، استغرق جميع السنة أو بعضها ، وهذا إذا ترافعا للحاكم . وأما إذا لم يترافعا وتراضيا على ذلك فمن يوم التراضى ، كما قاله بهرام .

قوله : (وعليه اقتصر صاحب المختصر) وهو المعول عليه ، أى : يؤجل نصف سنة بعد الصحة من يوم الحكم ، كان ذا شائبة أو لا ، إلا أن العلة التى ذكروها للتأجيل ، وهى : إمرار الفصول الأربعة ، إذ ربما أثر الدواء فى فصل ، موجودة فى العبد .

قوله : (إذا تقاررا على عدم الوطء) أى : وأما لو ادعى الوطء وأنكرته ، فإن كانت الدعوى فى الأجل أو بعد الأجل أنه وطئ فى الأجل ، فالقول قوله بيمينه ، فإن نكل حلفت وكان القول قولها ، فإن لم تحلف بقيت زوجة ، وأما لو ادعى الوطء بعدها لم يصدق قطعا ، وللموازية كلام آخر لم يرتضه بعض من شراح خليل .

قوله : (بطلقة بائنة) اعلم : أن هذا الكلام لا يتبين إلا بمعرفة فقه المسألة .

لأن كل طلاق من القاضى بائن إلا طلاق المعسر بالنفقة ، والمولى (وَالمَفْقُودُ)

وحاصله : أنه إذا لم يدع المعترض الوطء بأن صدق على عدم الوطء أو سكت ، أو ادعى ، أنه وطىء بعد السنة ، فإنه يؤمر بالطلاق إن اختارته الزوجة ، فإن طلق فواضح ، وله أن يوقع ما شاء ، وإن أبى فقولان مشهوران : **أولهما** : أن الحاكم يطلق عليه واحدة وإن زاد لم يلزم الزائد ، وقيل : يأمر الحاكم الزوجة بإيقاع الطلاق فتوقعه ، كأن تقول : طلقتك ، أو أنا طالق منك ، ثم يحكم الحاكم بذلك ، وفائدة حكم الحاكم مع كون الطلاق بائنا . لأنه وقع قبل البناء ، ليرفع خلاف من لا يرى أمر القاضى لها بذلك . إذا انتقش فى ذهنك هذا ، يظهر لك عدم صحة تعليل الشارح : لأن الطلاق بائن ولو وقع من الزوج لكونه قبل البناء .

تنبيه : كما يؤجل المعترض الحر سنة والعبد نصفها ، كذلك يؤجل المجنون ، والمجذم ، والمبرص ، إن رجى برؤهم ، سنة فى الحر ، ونصفها فى الرق . والتأجيل إنما يكون فى الصحة من يوم الحكم ، لا فرق فيما كان قبل العقد ، وما حدث بعده . وتعتبر السنة قمرية ، وسكت عن النفقة وانظرها فى شروح خليل .

قوله : (الذى فقد فى بلاد الإسلام) وأما مفقود أرض الشرك ، ومثلها زوجة الأسير ، فإنهما يبقيان كما هما لانقضاء مدة التعمير ، لتعذر الكشف عن زوجيهما إن دامت نفقتهما ، وإلا فلهما التطليق – كما إذا خشيا على نفسيهما الزنا – فإذا مضت مدة التعمير حكم بموت من ذكر ، وتعتد زوجته عدة وفاة ، ويقسم ماله على ورثته حينئذ لا على ورثته حين الفقد ، ما لم يثبت موته فى زمن معين ، فالمعتبر ورثته يوم الموت . فإن جاء بعد قسم تركته ، فإن القسم لا يمضى وترجع له أمتعته .

وأما المفقود فى معترك المسلمين ، الذى شهدت البينة العادلة أنه حضر المعترك ، فتعتد زوجته ، ويقسم ماله بعد الفراغ من القتال والاستقصاء فى الكشف عنه ، ولا يضرب له أجل . فلو شهدت البينة : أنه خرج من الجيش فقط ، فإنه يكون كالمفقود فى بلاد المسلمين . وأما المفقود فى القتال الواقع بين المسلمين والكفار ، فإن زوجته تعتد بعد مضى سنة كائنة بعد الفحص عن حاله ، ويورث ماله حينئذ .

وبقى من شك فى حاله ، هل فقد فى بلاد الإسلام أو الكفار ؟ قال **عج** : ينبغى العمل بالأحوص ، فتعامل زوجته معاملة زوج مفقود أرض الشرك .

الذى فقد فى بلاد الإسلام ، ولم يعلم له موضع فى غير مجاعة ولا وباء ، إذا كانت له زوجة فإنها ترفع أمرها إلى الحاكم ليكشف لها عن خبره ، فإن كان حرا

قوله : (فى غير مجاعة ولا وباء) الوباء كل مرض عام ، وقال بعض : هو مرض الكثير من الناس فى جهة دون سائر الجهات . إذا تقرر ذلك ، فنقول : مفهوم فى غير مجاعة : أن من فقد فى مجاعة أو وباء الذى منه الطاعون والسعال ونحوهما ، فإن زوجته تعتد بعد ذهاب ذلك ، وورث ماله حينئذ .

قوله : (فإنها ترفع أمرها إلى الحاكم) المراد بالحاكم القاضى ، كان قاضى أنكحة أو غيرها ، وأولى قاضى الجماعة . والوالى ، وهو : قاضى الشرطة أى السياسة ، ووالى الماء ، أى : الذى يأخذ الزكاة ، وسموا ولاة المياه : لأنهم يخرجون عند اجتماع الناس على المياه . والثلاثة فى مرتبة واحدة ، لكن القاضى أحوط .

فإن لم تجد المرأة واحدا ممن ذكر ، فترفع أمرها لجماعة المسلمين والواحد منهم كاف ؛ هذا ما ذكره الشيخ سالم واعتمده . والسلطان ، مثل القاضى ، بل قدمه فى التحقيق فى اللفظ عليه ، لأنه قال : فترفع للسلطان ، والقاضى الخ . وقرر بعض الشيوخ : أن الذى يجب المصير إليه أنه إذا كان القاضى موجودا ، فلا يجوز لها أن ترفع للوالى ، ووالى الماء ، وجماعة المسلمين ، فلو لم يوجد ، فإنها تخير فى الرفع إما للوالى ، أو والى الماء ؛ لكن لو رفعت لهما مع وجود القاضى أجزأ . وأما جماعة المسلمين ، فلا يجوز الرفع لهم مع وجود واحد ، فإن كان القاضى موجودا فلا يجزىء ، وأما لو رفعت لجماعة المسلمين ، مع وجود الوالى ووالى الماء ، فيجزىء . ووجود القاضى ، أو غيره ممن ذكر ، مع كونه يجوز ، أو يأخذ المال الكثير بمنزلة عدمه ، فترفع لجماعة المسلمين ، واعتمد عج : أنهم جميع البلد أو معظمهم ، وقيل يكفى اثنان . قال الشيخ كريم الدين : ولابد فى جماعة المسلمين من العدالة .

قوله : (ليكشف لها عن خبره) حاصله : أنها تثبت الزوجية ، وغيبة الزوج ، والبقاء فى العصمة إلى الآن ، فإذا ثبت ذلك عنده ، كتب كتابا مشتملا على اسمه ، ونسبه ، وصفته ، إلى حاكم البلد الذى يظن وجوده فيه ، فإن لم يظن وجوده فى بلد بعينه كتب إلى البلد الجامع ، وأجرة البعث عليها ، لأنها الطالبة ، كما صوبه ابن ناجى ، واختار شيخه

(يُضْرَبُ لَهُ أَجَلٌ) أيِ مدة (أَرْبَعُ سِنِينَ) وإن كان عبدا يضرب له مدة سنتين . وابتداء ضرب الأجل من يوم الرفع عند ابن الحكم . **ك** : وهو موافق لقول الشيخ (مِنْ يَوْمِ تَرْفَعُ ذَلِكَ إِلَى السُّلْطَانِ وَيَنْتَهِي الكَشْفُ عَنْهُ)

قلت : وعبارة الشيخ مشكلة ، ولهذا أولها بعضهم بأن قوله : من يوم ترفع ذلك ،

الغبريني أنها من بيت المال ؛ واستظهر بعضهم : الأول إن كان لها مال ، والثاني إن لم يكن لها مال . فإذا عاد عليه الخبر بعدم معرفة موضعه ، ضرب لها الأجل أربع ، أو سنتان ، كما ذكره المصنف ، والشارح . والراجح أن هذه المدة تعبد .

ومحل التأجيل المذكور مع دوام النفقة بأن يكون للمفقود مال تنفق منه ، ولو غير مدخول بها ، وغير داعية له قبل غيبته ؛ وما فى النفقات من الدخول ، أو اشتراط الدعاء له ففى الحاضرة فقط .

وأما إن لم يكن له مال طلق عليه بالإعسار من غير تأجيل ؛ لكن بعد إثبات ما تقدم ، وتزيد إثبات العدم ، واستحقاقها للنفقة ، وتحلف مع البينة الشاهدة أنها لم تقبض منه نفقة هذه المدة ، ولا أسقطتها عنه ، وبعد ذلك يمكنها الحاكم من تطليق نفسها بأن توقعه ، ويحكم به ، أو يوقعه الحاكم . وكذلك لو كان له مال لا يكفى فى الأجل ، فإنها تطلق عليه قبل الأجل بعد فراغ ماله .

قوله : (مدة أربع) أى : مدة هى أربع سنين ، فالإضافة للبيان ؛ وكذا يقال فى قوله مدة سنتين .

قوله : (وهو موافق لقول الشيخ) أى : لصدر كلامه .

قوله : (من يوم ترفع ذلك إلى السلطان) أى : أو القاضى أو غيره ممن تقدم ، أو المراد به : من له سلطنة ، فلا حذف ، ويوافق ما تقدم .

قوله : (قلت وعبارة الشيخ مشكلة) وجهه **تت** ، وذكره فى التحقيق عن ابن عمر بقوله : لأن انتهاء الكشف يتضمن الرفع ، والرفع لا يتضمن الكشف اهـ .

حاصله : أنه إذا كان الرفع لا يتضمن الكشف ، فيكون يوم الرفع غير يوم الكشف ، فيلزم التنافى .

قوله : (ولهذا أولها الخ) وبعضهم قال : إن الواو فى وينتهى بمعنى مع ، أى : فلا بد من

على قول ابن عبد الحكم . وينتهى الكشف عنه ، على قول ابن القاسم . وتكون الواو بمعنى أو . (ثُمَّ) إذا انقضى الأجل ، ولم يأت ، ولم يظهر له خبر فـ(تَعْتَدُّ) زوجته (كَعِدَّةِ المَيِّتِ) وعليها الإحداد على المشهور ، لأنها محكوم لها بموت زوجها ، ونفقتها فى الأجل من ماله ، وفى العدة من مالها ، لأن المتوفى عنها لا نفقة لها . (ثُمَّ) بعد انقضاء العدة (تَتَزَوَّجُ إنْ شَاءَتْ) ولا تحتاج إلى إذن الحاكم ، وكذلك العدة ، لأن إذنه حصل بضرب الأجل أولا .

حصول الأمرين ، والكشف عنه لا يستلزم الرفع وعكسه ، فلذا ذكرهما ، وحينئذ فلا غبار على عبارة المصنف .

قوله : (على قول ابن القاسم) وهو الراجح .

قوله : (فتعتد زوجته كعدة الميت) أربعة أشهر وعشر للحرة ، وشهران وخمس ليال مع أيامها إن كانت أمة .

وقوله : (كعدة الميت) أى : المحقق موته .

قوله : (وعليها الإحداد على المشهور) ملخصه : أن الراجح أنها تعتد كالوفاة بنى بها أو لا . ابن عبد السلام : ومن أهل المذهب من ألزم فيها أقصى الأجلين ؛ ومنهم من أجرى ذلك على لزوم الإحداد . فيرجع قوله : على المشهور لقوله : اعتدت كالوفاة : لقوله : وعليها الإحداد ، أى : اعتدت كالوفاة على المشهور ، وعليها الإحداد على المشهور .

قوله : (ونفقتها فى الأجل من ماله) فإن لم يكن له مال طلقت عليه كما تقدم .

قوله : (وفى العدة من مالها) ولو حاملا ، فإذا دخلت فى العدة ، وأرادت بعد الدخول أن تبقى زوجة ، فليس لها ذلك ، فإن تبين تقدم موته ردت ما أنفقت بعد الوفاة ، فإن جاء المفقود ، أو تبين أنه حى ، أو مات ، وهى فى عدتها ، أو بعدها ، وقبل العقد ، أو بعد العقد ، وقبل الدخول ، أو بعد الدخول ، ولكن علم المتزوج بها بأن زوجها المفقود جاء ، أو لم يعلم ، لكن كان عقده مجمعا على فساده ، فلا تفوت عليه فى هذه الصور ، بخلاف ما لو جاء ، أو تبين أنه حى ، أو مات بعد تلذذ الثانى بها ، غير عالم ، فى نكاح صحيح ، أو يفوت بالدخول ، فإنها تفوت على المفقود .

قوله : (تتزوج إن شاءت الخ) فيه إشارة لمن يقول : إنها لا تتزوج بهذا الأجل ، وإنما حكمها حكم المال .

ولما أنهى الكلام على حكم زوجة المفقود ، انتقل يتكلم على ماله فقال : (وَلَا يُورَثُ مَالُهُ حَتَّى يَأْتِيَ عَلَيْهِ مِنَ الزَّمَانِ مَا لَا يَعِيشُ إِلَى مِثْلِهِ) غالبا ، وهو ثمانون سنة على ما اختاره الشيخ والقابسى ، وسبعون سنة على ما اختاره عبد الوهاب ، وإذا اختلف الشهود فى سِنه ، ووقت مغيبه ، حكم بالأقل احتياطا .

ثم انتقل يتكلم على مسألة ، كان الأنسب ذكرها عند الكلام على حكم الوطء فى العدة ، وهى (وَلَا تُخْطَبُ) بمعنى لا يجوز أن تخطب (الْمَرْأَةُ) المطلقة

قوله : (ولا يورث ماله) أى : مال المفقود فى بلاد الإسلام لأن الكلام فيه ، وأمُّ ولد المفقود كماله فى الوقف إلى انقضاء مدة التعمير ، حيث كان لسيدها مال تنفق منه ، وإلا نجز عتقها ، وتتزوج بعد حيضة لأنها عدتها من سيدها ، فإن لم تحض فثلاثة أشهر .

قوله : (وسبعون سنة على ما اختاره عبد الوهاب الخ) قال الشيخ الدميرى : ولعله الراجح عند خليل . وترك الشارح ثالثا وهو : خمس وسبعون سنة على ماقضى به ابن زرب ، وابن الهندى .

قوله : (فى سنه ووقت مغيبه) ظاهره أن الخلاف فى كل منهما ، ويحتمل أن تكون الواو بمعنى أو ، فتكون مسألتان : **الأولى** : اختلفوا فى السن ، ووقت المغيب معلوم . **الثانية** : اختلفوا فى وقت المغيب ، والسن معلوم .

ولا يخفى أنه لا يترتب على الاختلاف فى وقت المغيب مع العلم بالسن ثمرة ، فالمناسب حذف قوله . ووقت مغيبه ، بقيت الواو على حالها أو جعلت بمعنى أو .

قوله : (حكم بالأقل الخ) فإذا قالت بينة : فُقِد وسِنه كذا ، وقالت أخرى : فقِد وسنه كذا ، لا أزيد ؛ فإنه يعمل بقول البينة التى شهدت بالأقل لأنه أحوط . قال **تت** : وتجوز شهادتهم على التقدير ، أى : فلا يشترط فيها التحقيق بل بحسب ما يغلب على الظن ، وهذا ليس شأن الشهادة بل شأنها التحقيق ، لكن اغتفر للتعذر بأن يقولوا : يغلب على ظننا أنه فقِد وسنه كذا .

وإذا شهدت على التقدير ، وأراد الوارث قسم ماله بعد فراغ المدة ، فلابد من حلفه على طبق شهادتهم على القطع حيث ظن به العلم ؛ أما لو شهدت بتاريخ الولادة فلا يمين .

قوله : (بمعنى لا يجوز) أى : يحرم ، وهذا إذا كانت معتدة من غير المطلق ، وأما منه فإنه لا يحرم حيث لم يكن بالثلاث ، وكذا يحرم مواعدة بالنكاح من الجانبين : بأن يتوثق كل من صاحبه أن لا يأخذ غيره .

طلاقا بائنا ، أو رجعيا ، أو المتوفى عنها زوجها وهى (فى عِدَّتهَا) بصريح اللفظ (وَلَا بَأْسَ) بمعنى ويباح خطبة المعتدة (بالتَّعْرِيضِ بِالْقَوْلِ المَعْرُوفِ) أىِ : الحسن ، وهو ما يفهم به المقصود ، مثل : إنى فيك لراغب ، لقوله تعالى : ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضتُمْ بِهِ مِنْ خِطْبَةِ النِّسَاءِ﴾ [البقرة : ٢٣٥] وهذه الإباحة إنما هى فى

وكذا يحرم صريح الخطبة إلى وليها المجبر ، ومواعدته هو والسيد فى أمته ، والأب فى ابنته البكر ، وأما غيره فمكروه .

ولا يحرم كمواعدة من أحد الزوجين لصاحبه دون أن يعده الآخر .

وكذا يقال فى المستبرأة من زنا منه ، وأولى من غيره ، أو من غصب ، أو من نكاح ، أو شبهته ، أو ملك ، أو شبهته ، أى : فى تحريم التصريح بالخطبة لها فى زمن الاستبراء ، وفى تحريم المواعدة لها ، أو لوليها بالنكاح . ويفسد النكاح وقد مر تفصيله .

قوله : (بمعنى ويباح) أى : فهو ما استوى طرفاه ، كما صرح به : **تت** .

قوله : (بالتعريض بالقول المعروف) ظاهره : أن التعريض بالفعل كالإهداء لا يجوز ، وفى المختصر : جوازه . وقال ابن ناجى : الهدية فى زماننا أقوى من المواعدة ، فالصواب حرمتها إن لم يكن جرى مثلها قبل .

وأما إجراء النفقة عليها فلا يجوز قطعا ، فإن أنفق ، أو أهدى ، ثم تزوجت غيره ، لم يرجع عليها بشىء ومثله لو أهدى ، أو أنفق لمخطوبة غير معتدة ، ثم تزوجت غيره إلا لشرط أو عرف .

وكل ذلك قبل العقد ، فإن أهدى ، أو أنفق بعد العقد ، ثم طلق قبل البناء ، فهل كذلك ؟ وهو الظاهر .

قوله : (أى الحسن) لا يخفى أن هذا الحسن شرعى ، أى : يكون القول المذكور ليس تصريحا ، وحينئذ فيكون قوله : المعروف ، وصفا مؤكدا لأن موصوفه متعلق التعريض ، فيعلم أنه ليس تصريحا .

قوله : (به) أى : بسببه ، أو منه ، أى : بدون صراحة .

قوله : (وهذه الإباحة إنما هى فى حق من يميز) كأهل العلم .

حق من يميز بين التعريض والتصريح ، وأما غيره فلا يباح له ذلك .

ثم انتقل يتكلم على مسألة كان الأنسب ذكرها عند قوله : وليعدل بين نسائه ، وهي (وَمَنْ نَكَحَ) أيِ : تزوج على امرأته ، أو نسائه ، سواء كان كبيرا ، أو صغيرا (بِكْرًا) صغيرة كانت أو كبيرة ، حرة مسلمة ، أو أمة ، أو كتابية (فَـ)ـيباح (لَهُ) وفى أكثر النسخ : فلها ، بالتأنيث (أَنْ يُقِيمَ عِنْدَهَا سَبْعًا) أى : سبعة أيام متواليات (دُونَ سَائِرِ نِسَائِهِ) ثم بعد ذلك يسويِ بينهن فى القسم .

قوله : (وأما غيره فلا يباح له ذلك) أى : كما إذا كانت المرأة تفهم منه التصريح بحسب زعمها ؛ وينتج من ذلك أقسام أربعة :

أحدها : أن يكونا عالمين بالفرق بين التصريح والتعريض ، فالجواز . **ثانيها** : جاهلين . **ثالثها** : هو جاهل .

رابعها : عكسه . فالمنع فى الثلاث .

ومحل جواز التعريض بالقيد المذكور ، إذا كانت فى عدة متوفى عنها ، أو مطلقة من غيره طلاقا بائنا لا رجعيا ، فيحرم التعريض إجماعا .

قوله : (على امرأته أو نسائه) أراد بالجمع ما فوق الواحد ، وأما التى تزوجها ابتداء ، فلا يلزمه الإقامة عندها ولا البيات إلا أن يقصد إضرارها ، فعليه إزالته بالبيات عندها ، أو لمؤانسة أى : إلا أن يجرى عرف ببياته عندها حال عرسها ، فيقضى عليه به ، كما ذكره بعض شراح العلامة خليل .

قوله : (سبعة أيام) أي : بلياليها ، فإن قلت : كان الواجب أن يأتى المصنف بالتاء ، لأن المعدود مذكر ؟ والجواب : أن الوجوب فى حالة ذكر المعدود ، وأما فى حالة الحذف فيجوز تذكيره وتأنيثه .

وإنما ميزت البكر عن الثيب لما عندها من الوحشة بفراق أهلها ؛ والإقامة المذكورة لا تنافى الخروج لقضاء مصالحه ، وصلاته الجمعة ، وحضور الجماعة .

ولو تزوج امرأتين فى ليلة ، فيبدأ بالسابقة فى الدعوة للدخول ، أو بالعقد إن تساوت فى الدعوة ، وإلا أقرع .

ابن المواز : وتستحب البداءة بالقديمة (وَ) أما الحكم (فِي الثَّيِّبِ) إذا تزوجها على نسائه ، فلا يقيم عندها إلا (ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) متواليات ، ثم يسوى بينهن ، وظاهر النسخة الأولى : أن الحق للزوج ، وهي رواية ابن القاسم . وظاهر الثانية : أنه حق للزوجة ، وهى رواية أشهب . وعلى الثانية لا يجوز له ترك المقام إلا بإذنها ؛ وعلى الأولى يكون الخيار له بين فعله وتركه ، والأصل فى التفصيل الذى ذكرناه ما فى صحيح مسلم ، من قوله ﷺ : « لِلْبِكْرِ سَبْعٌ وَلِلثَّيِّبِ ثَلَاثٌ »(١) .

(وَلَا يَجْمَعُ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ مِنْ مِلْكِ الْيَمِينِ فى الْوَطْءِ) كلامه محتمل للكراهة والمنع ، وهو المذهب لعموم قوله تعالى : ﴿ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ ﴾ [النساء : ٢٣] فى النكاح وملك اليمين ، واحترز بقوله : فى الوطء ، عن جمعهما فى الملك لغير الوطء ، وإذا جمعا فى الملك فله أن يطأ أيتهما شاء ، والكف عن الأخرى موكول إلى أمانته (فَإِنْ شَاءَ) أيِ إذا أراد (وَطْءَ الْأُخْرَى فَلْيُحَرِّمْ عَلَيْهِ) أيِ : على نفسه (فَرْجَ الْأُولَى) التى وطئها إما (بِبَيْعٍ) بعد الاستبراء بيعا ناجزا لمن لا يعتصرها

قوله : (على نسائه) أى جنس نسائه ، أو فى العبارة حذف .

قوله : (وظاهر الثانية أنه حق الزوجة) وهو المذهب ، فيقضى عليه به .

قوله : (بين الأختين) لا مفهوم لهما ، بل كل محرمتى الجمع كذلك .

قوله : (فى الوطء) أى : أو غيره من أنواع الاستمتاع .

قوله : (عن جمعهما فى الملك لغير الوطء) أى : أو واحدة للملك ، وأخرى للوطء .

قوله : (بيعا ناجزا) أى : ولو دلس به على المشترى ، لأن للمشترى التماسك . وظاهره : أن أختها تحل بمجرد بيعها الناجز ، وهو كذلك ، لكن يقيد بألا يكون فيها مواضعة ولا عهدة ثلاث .

وأما لو كان فيها واحد مما ذكر فلا تحل إلا بمضيه ، لأن الضمان من البائع فى ذلك ، ولك أن تقول : احترز الشارح بناجزا أيضا عن عهدة الثلاث والمواضعة ، كما فعل فى

---

(١) الموطأ : ٥٣٠/٢ . سنن النسائي : ٦١٧/١ سنن أبى داود ٣٢٣/٢ وأخرجه البخارى ومسلم .

منه ، واحترزنا بناجزا ، من نحو بيع الخيار ، فإن ذلك لا يحرم فرج الأولى حتى يخرج من أيام الخيار ، وبمن لا يعتصرها منه ، عما إذا باعها لمن يعتصرها منه ، كولده الصغير وعبده إلا أن تفوت عند المعتصر منه ، فتحل له (أَوْ) (بِكِتَابَةٍ) لأن المكاتبة أحرزت نفسها ومالها (أَوْ) بـ(ـعِتْقٍ) ناجز أو مؤجل (وَشِبْهِهِ مِمَّا تَحْرُمُ بِهِ) كالهبة لغير الثواب لمن لا يعتصرها منه إذا قبضها الموهوب ، وإن كانت للثواب

التحقيق . واحترز بعهدة الثلاث من السنة ، فإنها كافية فى تحريم المبيعة ، وحلية الأخرى .

قوله : (كولده الصغير وعبده) أنت خبير : بأن الاعتصار لا يتقيد بالولد الصغير بل ومثله الكبير ؛ وأن الاعتصار هو ارتجاع عطية دون عوض لا بطوع المعطى . وهذا بيع لا عطية إلا أن يقال : أراد بالاعتصار : مطلق الارتجاع من المالك بدون اختيار ولو بالعوض . ولا يخفى أن هذا لا يخص الصغير بل والكبير السفيه ، لأن وليه يتصرف له ، ويكون مفاده : أنه إذا باعها لولده الكبير الرشيد كالبيع لأجنبى ، فيحل له وطء كأختها .

قوله : (أو كتابة الخ) ولو عجزت عن النجوم ، فلا تعود الحرمة .

قوله : (أو مؤجل) يؤخذ منه أنه لا يجوز وطء المعتقة لأجل ، وهو كذلك .

قوله : (كالهبة لغير الثواب) أى : والصدقة وغير ذلك ، كما إذا أخدمها زمنا طويلا كأربع سنين ، أو أسرت ، أو أبقت إباقا أيس من عودها منه ، ولو رجعت لا تعود الحرمة ، ولا تحل بعقد فاسد من بيع ، أو تزويج لم يفت بحوالة سوق ؛ فأعلى فى البيع ، أو دخول فى التزويج ، أو إخدام سنة أو سنتين أو ثلاث ، أو إحرام ، أو إظهار .

قوله : (لمن لا يعتصرها منه) وأما لو وهبها لمن يعتصرها منه ، أى : من هو قادر على الرجوع فيها بغير شىء ، كما إذا وهبها لوالده قبل حصول مفوت الاعتصار .

وإما بشراء من الموهوب كما إذا وهبها لمحجوره من يتيم ، أو ولد ، وأراد أخذها بعد حصول مفوت الاعتصار ، ولا فرق فى الهبة لمن يعتصرها منه بين أن تكون لثواب وقبضه ، أو لغير ثواب إلا أن تفوت عنده ، فغير نكاح لوطء الأب لها قبل بل بزيادة أو نقص ، فتحل أختها للواهب ، أو كان ذلك الموهوب له كبيرا رشيدا .

فلا تحل له حتى يعوض عليها ، أو تفوت عند الموهوب بالقيمة ؛ وكذلك إذا زوجها من غيره ، فتحل له أختها بنفس العقد .

(وَمَنْ وَطِئَ) من البالغين (أَمَةً بِمِلْكٍ) صحيح ، أو فاسد ، أو قبّلها ، أو باشرها (لَمْ تَحِلّ لَهُ أُمُّهَا) قياسا على أم الزوجة (وَلَا) تحل له (ٱبْنَتُهَا) قياسا

وأما إذا تصدق بالموطوءة على من هو فى حجره ، وحازها غير المتصدق – بكسر الدال – فإن ذلك يكون كافيا فى حلية وطء كأختها ، فلو لم تحز فلا تحل الأخت ، لأنه لو أعتقها أو وهبها قبل الحوز مضى فعله .

قوله : (حتى يعوض الخ) أى : فلو انتفى التعويض والفوت فلا يحل له وطء كأختها ولو قبضها الموهوب له ، ما لم يكن الثواب معينا ، وحصل عقد الهبة فيحل وطء كأختها ، ولو لم يقبض الموهوب له الهبة ، لأنها بيع حينئذ .

قوله : (وكذلك إذا زوجها من غيره) أى : عقدا صحيحا لازما ، وإن لم يدخل الزوج بها ، أو فاسدا يمضى بمجرد الدخول ، أو غير لازم كنكاح عبد أو صبى بغير إذن ، ثم أجيز ، وكنكاح ذى عيب أو غرر ، ثم رضى الآخر ، فتحل بوطء ثان ، وفى الأول تردد .

قوله : (من البالغين) إذ المعتمد أن وطء الصبى لا يحرم مطلقا ، سواء كان بملك أو نكاح ، كما صرح به بعض . ومحل الخلاف فى وطء الصبى إذا كان يقوى على الجماع ، أو بلغ أن يتلذذ بالجوارى ، وإلا فوطؤه كالعدم باتفاق ، وكذا مقدماته فيما يظهر ، وهذا كما قررنا فى الواطئ ، واللامس ، وأما الموطوءة والملموسة فظاهر كلامهم . ولو كانت صغيرة جدا .

قوله : (أو فاسد) أى : مختلف فى فساده ، وأما المتفق على فساده إن درأ الحد فكذلك ، وإن لم يدرأ فلا . وظاهره : يشمل ما إذا كان الوطء غير جائز ، كما إذا كانت مجوسية ، وبه أفتى بعضهم ، وفى كلام المدونة ما يفيده .

قوله : (أو قبلها أو باشرها) بلذة مع قصد وبدونه .

وملخصه : أنه إن قصد لذة ولو بقبلة بفم ، أو بلمس ونحوه ، بل ولو بنظر ووجدها ، حرم ما ذكر – وإن انتفيا فلا – وإن قصدها فقط ، أو وجدها فقط ، فقولان

على الربيبة (وَتَحْرُمُ عَلَى آبَائِهِ) قياسا على حليلة الابن (وَ) تحرم على (أَبْنَائِهِ) قياسا على زوجة الأب ، فتحريم المصاهرة يجرى فى الملك (كَتَحْرِيمِ) المصاهرة فى (النِّكَاحِ) لعموم قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ ﴾ . [النساء : ٢٣] الآية

(وَالطَّلَاقُ بِيَدِ ٱلْعَبْدِ دُونَ السَّيِّدِ) لما رواه البيهقى من قوله عليه الصلاة والسلام : « إِنَّمَا يَمْلِكُ ٱلطَّلَاقَ مَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ » [(١)] كناية عن الزوج . وهذا إذا تزوج بإذن السيد ، أما إذا تزوج بغير إذنه فله فسخه ، كما تقدم .

فى كلٍّ ، أقواهما فى الثانى التحريم . والأربعة فى باطن الجسد ، وهو : ما عدا الوجه ، واليدين ، وأما هما فلا تحريم بالنظر مطلقا كباطن الجسد مع انتفائهما . واعلم : أن التلذذ ، ولو بعد الموت ، بالنظر لباطن الجسد يحرم ، وشبهة الملك كالملك ، وأما الزنا فلا يحرم فتدبر .

قوله : (وتحرم) أى : نلك الموطوءة أى : أو المتلذذ بها .

قوله : (على آبائه) أى : أصوله وإن علوا .

وقوله : (على أبنائه) أى : فروعه وإن سفلوا .

قوله : (فتحريم المصاهرة) أى : الحاصل بالوطء أو التلذذ ، ولو قال : فتحريم مصاهرة الملك كتحريم مصاهرة النكاح ، لكان أولى .

وقوله : (كتحريم المصاهرة بالنكاح) أى : فى الجملة ، لأن تحريم بعض المصاهرة بالنكاح لا يتوقف على الوطء .

قوله : (بيد العبد) أى : المكلف الذى تزوج بإذن السيد .

قوله : (كناية عن الزوج) وجهه : أن مدلول من أخذ بالساق ذات كلية تصدق على أفراد متعددة ، مستلزمة شرعا من حيث تحققها لفرد معين من تلك الأفراد ، وهو الزوج ، فقد أطلق اسم الملزوم وأريد اللازم .

قوله : (أما إذا تزوج بغير إذنه فله فسخه) وله الإمضاء ، ولو كانت المصلحة

---

(١) سنن ابن ماجه : ٦٧٢/١ .

(وَلَا طَلَاقَ لِصَبِيٍّ) ظاهره : ولو كان مراهقا ، لما رواه الترمذى من قوله صلى الله تعالى عليه وعلى آله وسلم : « رُفِعَ ٱلْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ : عَنِ ٱلنَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنِ ٱلصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنِ ٱلْمَعْتُوهِ حَتَّى يَعْقِلَ » (١) .

ثم انتقل يتكلم على مسألتين غير داخلتين تحت الترجمة فقال : (وَالْمُمَلَّكَةُ) وهى التى يقول لها زوجها – مثلا – ملكتك نفسك ، أو أمرك ، أو طلاقك بيدك ،

فى الإمضاء . وإذا فسخه يكون بطلقة واحدة ، وهى بائنة لا أكثر . والثانية إن أوقع اثنين . ولا فرق فى العبد بين أن يكون قنا ، أو ذا شائبة . ووارث السيد كهو ولو اختلف وارثوه فى الرد والإمضاء ، فالقول لذى الفسخ .

قوله : (ولا طلاق لصبى) حرا أو عبدا ، وإنما يصح طلاق المسلم المكلف ، ولو سكر حراما بحيث صار لا تمييز عنده ، ولو بأكل حشيشة ، ولا يصح طلاق السكران بحلال ، ولا لكافر .

تنبيه : حيث قلنا لاطلاق على الصبى ، إنما يطلق عليه وليه لمصلحة ، وهذا بالنسبة لزوجته . وأما إذا طلق الصبى أو الكافر زوجة غيره فتصح إجازة الزوج ، لأن المطلق حقيقة الزوج ، ولذلك تعتد المطلقة من يوم إجازته ، لا من يوم الطلاق .

قوله : (وظاهره ولو كان مراهقا) أى : وهو كذلك ولو قرب من البلوغ ، وظاهره أيضا : ولو كان الطلاق معلقا وحنث بعد البلوغ ، وهو كذلك .

قوله : (رفع القلم الخ) التعبير بالرفع يؤذن بأن الذى لا يكتب المعصية ، فلا ينافى كتب الطاعة ، ووقع الطلاق من معنى كتب المعصية .

وقوله : (وعن المعتوه) فى التهذيب : المعتوه المدهوش من غير مس أو جنون .

قوله : (ثم انتقل الخ) أى : فقد تبرع بهما . وقيل : لا بل هما داخلتان فى الطلاق فلا تبرع .

قوله : (مثلا) الأولى تأخيره بعد الأمثلة ، ليدخل : أمرك بيدك ، أو طلقى نفسك ،

---

(١) سنن ابن ماجه ٦٥٨/١ . سنن أبى داود : ١٩٧/٤ وللحديث ألفاظ أخرى ذكرها المنذرى فى مختصر أبى داود : ٢٩٢/٦ دار المعرفة بيروت .
إرواء الغليل : ٤٠/٢ المكتب الإسلامى ١٣٩٩ .

أو أنت طالق إن شئت (وَالْمُخَيَّرَةُ) وهي التى يخيرها فى النفس مثل أن يقول لها : اختارينى ، أو اختارى نفسك ، أو فى عدد يعينه من أعداد الطلاق ، مثل : اختارينى ، أو اختارى طلقة أو طلقتين ؛ حكمهما أن (لَهُمَا أَنْ يَقْضِيَا مَا دَامَتَا فى الْمَجْلِسِ) فالمملكة تجيب بصريح يفهم عنها مرادها منه فيعمل عليه ؛ ثم لا يخلو

أو وليتك أمرك ، أو ملكتك . وضابط التمليك : جعل إنشائه حقا لها ، وكذا لغيرها راجحا فى الثلاث ، يخص بما دونها بنية ، وليس له العزل .

قوله : (والمخيرة) ضابطه : جعل إنشاء الطلاق ثلاثا حكما أو نصاً عليها حقا لها ، وكذا لغيرها .

قوله : (مثل أن يقول لها الخ) أى : أو اختارى أمرك ، أو طلقى نفسك ثلاثا ، أو اختارى نفسك فقط ، أى : بدون اختارينى .

قوله : (اختارى طلقة الخ) وليس لها أن تتعدى ذلك .

قوله : (ما دامتا فى المجلس) أى : وإن تفرقا بعد إمكان القضاء فلا شىء لها ، وإن أراد قطع ذلك عنها حين ملكها لم ينفعه ، وحد ذلك : إذا قعد معها قدر ما يرى الناس أنها تختار فى مثله ، ولم تقم فرارا ، وإن ذهب عامة النهار ، وعلم أنهما قد تركا ذلك وخرجا إلى غيره فلا خيار لها . وهذا فى التخيير أو التمليك العارى عن التقييد بالزمان والمكان .

وإذا قيد بزمان كخيرتك أو ملكتك فى هذا اليوم – مثلا – أو فى هذا المكان أو المجلس تعين ذلك ولا يتعداه ، ما لم يوقفها الحاكم .

قوله : (فالمملكة الخ) وكذا المخيرة ، فلو خيرها أو ملكها فقالت قولا محتملا نحو : قبلت أمرى ، أو قبلت نفسى ، أو ما ملكتنى ، فإنها تؤمر بتفسير بذلك ، ويقبل منها ما أرادت بذلك . فإن قالت : أردت به رد ما جعله لى وأبقى على العصمة ، فإن ذلك يقبل ، أو قالت : أردت الطلاق ، فإنه يقبل ؛ وإن قالت : أردت البقاء على التروى ، فإن ذلك يقبل منها ، ولو لم تفسر حتى حاضت الحيضة التى انقضت بها العدة ، أو وضعت حملها ، فقالت : أردت طلقة واحدة ، قبل منها بلا يمين ، ولا رجعة له لتفريط الزوج بكونه لم يوقفها ، ولم يستفسرها .

فقول الشارح : (تجيب بصريح) أى : أو غيره مما ذكر مما يقبل تفسيرها ، وأراد

حالها من أمرين لأنها : إما أن تطلق واحدة ، أو زيادة عليها . ففى الواحدة لا مُنَاكَرة له ، وفيما زاد عليها له المناكرة . وإلى هذا أشار بقوله (وَلَهُ) أيِ : لزوج المملكة (أَنْ يُنَاكِرَ المُمَلَّكَةَ خَاصَّةً) دون المخيرة ، كما سينص عليه (فِيمَا فَوْقَ الْوَاحِدَةِ) بشروط خمسة وهى :

أن ينكر حين سماعه من غير سكوت ولا إهمال .

وأن يقر بأنه أراد بتمليكه الطلاق .

وأن تكون مناكرته فى عدده .

وأن يدعى أنه نوى واحدة أو اثنتين فى حال تمليكه .

بالصريح : ما يشمل الكناية الظاهرة . وأما الكناية الخفية : كاسقينى الماء فيسقط ما بيدها ولو نوت بها الطلاق .

وقوله : (يفهم عنها مرادها منه) إما بطلاق – كما قررنا – كأن تقول : أنا طالق منك ، أو طلقت ، أورده ، كأن تقول : رددت ما ملكتنى ، أو لا أقبل منك ، أو تمكن من نفسها ولو من المقدمات ، وهى طائعة عالمة بالتمليك ولو جهلت الحكم ، ولو لم يفعل فإنه يبطل ما بيدها إلا إن أمكنت من نفسها غير عالمة بما جعله لها ، فلا يبطل ولو وطئها بالفعل ، والقول قولها فى عدم العلم .

قوله : (أن يناكر المملكة خاصة الخ) هذا إذا بقيت له طلقة أو طلقتان ، وأما إذا كانت آخر الثلاث فإنه لا يناكرها .

قوله : (أن ينكر حين سماعه) فلو لم يبادر ، وأراد المناكرة ، وادعى الجهل فى ذلك ، لم يعذر ، ويسقط حقه ، ولا يعذر بالجهل .

قوله : (وأن يقر بأنه أراد بتمليكه الطلاق) فلو قال : لم أرد طلاقا ، فإنه يقع الثلاث ، ولا عبرة بقوله بعد ذلك : أردت بما جعلته لها طلقة واحدة ، وقيل : إنه يقبل منه ذلك لاحتمال سهوه ، ثم تذكر أنه كان قصد طلقة واحدة .

قوله : (وأن تكون مناكرته فى عدده) أى : لا فى أصله ، يستغنى عنه بالذى قبله .

قوله : (وأن يدعى أنه نوى الخ) فلو لم ينوها عنده بل بعده ، أو لم ينو شيئا لزم ما أوقعته .

وأن يكون تمليكه طوعا .

واحترز بما فوق الواحدة من الواحدة ، فإنه لا مناكرة له فيها .

وأما المخيرة ، فلا يخلو إما أن تخير فى العدد أو فى النفس ، فإن خيرت فى العدد فليس لها أن تختار زيادة على ما جعل لها ؛ وإن خيرت فى النفس ، فإن قالت : اخترت واحدة أو اثنتين ، لم يكن لها ذلك ، وبطل خيارها ؛ وإن قالت : اخترت نفسى كان ثلاثا ، ولا يقبل منها إن فسرته بما دون ذلك ، وهذا معنى قوله : (وَلَيْسَ لَهَا فِي التَّخْيِيرِ أَنْ تَقْضِيَ إِلَّا بِالثَّلَاثِ ثُمَّ لَا نُكْرَةَ لَهُ فِيهَا) وإنما كان له

وسكت عن شرطين : **أولهما** : أن يحلف أنه ما أراد إلا طلقة واحدة ، فإن لم يحلف وقع ما أوقعته ، ولا ترد عليها اليمين ؛ ومحل يمينه : وقت المناكرة إن كان دخل بالمرأة ليحكم له الآن بالرجعة ، وإن لم يكن دخل بها فإنه يحلف عند إرادة تزويجها لا قبله ، إذ لعله لا يتزوجها .

ثانيهما : أن لا يكرر أمرها بيدها ، أما إن كرره بأن قال لها : أمرك بيدك ، أمرك بيدك ، أمرك بيدك ، فلا مناكرة له فيما زاد ، ويقع ما أوقعت إلا أن ينوى التأكيد باللفظ الثانى والثالث ، فإن لم ينو التأكيد ، أو نوى التأسيس ، أو لم ينو شيئا ، فلا مناكرة له .

قوله : (وأن يكون تمليكه طوعا) احترازا مما إذا شرط لها فى عقد نكاحها ، فطلقت نفسها ثلاثا ، فإنه لا مناكرة له دخل بها أم لم يدخل . وأما إذا ملكها فيه طائعا فله المناكرة ، نص عليه غير واحد . وإذا لم يحصل شرط ولا تنصيص على طوع ، فقيل يحمل ذلك على الطوع ، وقيل على الشرط ، كما قاله فى التحقيق .

قوله : (فإن خيرت فى العدد) كأن يقول لها : اختارى واحدة ، أو اثنتين .

قوله : (فليس لها أن تختار الخ) فإن أوقعت أقل من العدد الذى سماه ، فإنما يبطل ما قضت به ، وتستمر على تخييرها .

قوله : (كان ثلاثا) أى : ثلاثا قطعا .

وقوله : (ولا يقبل منها إن فسرته) أى : إذا خيرها فى النفس ، فقالت : اخترت واحدة أو اثنتين ، فليس لها ذلك ، وبطل التخيير من أصله .

وقوله : (وليس لها التخيير) أى : بعد الدخول ، وإنما قيدنا بذلك ، لأن الزوج إذا فوض الطلاق لزوجته على سبيل التخيير قبل الدخول بها ، فأوقعت أكثر من طلقة ، فإن له أن

مناكرة المملكة دون المخيرة ، لأن قوله : اختارينى ، أو اختارى نفسك ، اختيار ما تنقطع به العصمة ، وهى لا تنقطع فى المدخول بها بأقل من الثلاث ، فثبت أنه قد جعل لها الثلاث ، فلا مناكرة له عليها بعد جعله ذلك لها ، بخلاف التمليك ، فإنه يجوز أن يكون أراد طلقة ، أو أزيد ، فله مناكرتها فى الزيادة على الواحدة إذا وجدت الشروط الخمسة . وهنا تنبيهات مذكورة فى الأصل .

يناكرها فيما زاد عليها ، بأن يقول : ما أردت إلا طلقة واحدة .

والحاصل : أن المملكة يناكرها مطلقا ، والمخيرة قبل الدخول بالشروط المتقدمة ، فليست شروطا فى مناكرة المملكة فقط بل مثلها المخيرة قبل البناء .

تتمة : ليس للزوج عزل المملكة ، والمخيرة بخلاف ما لو وكلها فى طلاقها ، فله عزلها قبل أن تطلق نفسها ، إلا أن يتعلق لها بذلك حق ، فليس له عزلها ، مثل : أن يقول إن تزوجت عليك فقد جعلت أمرك بيدك توكيلا ، فلا عزل له .

والفرق بين التوكيل وغيره أن الوكيل يفعل بطريق النيابة عن الموكل ، بخلاف المخير أو المملك ، فإنما يفعل عن نفسه . ولابد من بلوغ الزوج فى التخيير ، والتمليك ، بخلاف الزوجة ، فالشرط تمييزها وإن لم تطق الوطء .

قوله : (وهنا تنبيهات الخ) **الأول ق** : قولها لها ، ظاهره بالغة كانت ، أو غير بالغة إذا كانت تعقل . وأما الزوج فيشترط فيه البوغ ؛ وسواء كانت حرة أو أمة ، والزوج كذلك .

الثانى منه : قوله ما دامتا فى المجلس ، هذا إذا ملكها التمليك المطلق ، ولو قال لها فى التمليك : أنت طالق إن شئت أو إذا شئت ، فذلك بيدها ما لم توطأ .

الثالث : **ق** : التمليك مباح ، لأنه كالتوكيل على الطلاق ، ثم حكى قولين فى التخيير : بالجواز ، والكراهة .

ثم قال : **الرابع** : يحال بين الزوج والمرأة فى التخيير والتمليك دون التوكيل حتى تجيب ، قاله فى المختصر اهـ .

والأحسن من ذلك ما أفاده بعضهم : من أن الخلاف الذى فى التخيير جار فى التمليك إذا قيد بالثلاث ، وإلا فهو مباح ، والتوكيل مكروه إن قيد بالثلاث وإلا فالجواز . والخلاف فى التخيير جار فى الزوجة مدخولا بها أم لا .

[بـــاب الإيــلاء]

ثم انتقل يتكلم على الإيلاء ، وهو **لغة** : اليمين . **واصطلاحا** : ما أشار إليه بقوله : (وَكُلُّ حَالِفٍ) من المسلمين المكلفين الأحرار يتصور منه الوقاع (عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ) أو ما يقوم مقامه ، كترك الغسل من الجنابة من زوجته الكبيرة ، سواء كانت مسلمة حرة ، أو كتابية ، أو أمة ، غير مرضع ، قاصدا بذلك الضرر (أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُولٍ) من يوم اليمين ، إن كانت يمينه صريحة فى ترك الوطء ، كقوله : والله لا وطئتك أكثر من أربعة أشهر ونحوها - ومن يوم الرفع الحكم إن

(بـــاب الإيلاء)

قوله : (وهو لغة اليمين) زاد فى التحقيق ، وقيل : مطلق الامتناع ، ثم استعمل فيما كان الامتناع منه بيمين .

قوله : (يتصور منه الوقاع) أى : ولو سكر حراما ، أو أخرس إذا فهم منه إشارة ، ونحوها : ككتابة ، والأعجمى بلسانه .

قوله : (كترك الغسل من الجنابة) هل الحلف المذكور كناية عن ترك الجماع ، فيحنث بالوطء وأجله من يوم اليمين ، أو على ظاهره ، ويكون مراده نفى الغسل إلا أنه لما استلزم شرعا نفى الجماع لزمه الإيلاء ، فيحنث بالغسل وأجله من الرفع ؟ تأويلان ، ومحلهما : إن لم ينو الحالف شيئا بعينه ، وإلا عمل على ذلك ، وظاهره : ولو كان فاسقا بترك الصلاة اهـ انظر شراح المختصر .

قوله : (من زوجته الكبيرة) المراد بها من تطيق الوطء .

قوله : (فهو مول من يوم اليمين) حاصله : إن ابتدأ الأجل الذى لها القيام بعد مضيه الذى هو أربعة أشهر من يوم الحلف ، إن كانت يمينه صريحة فى ترك الوطء ، ومن يوم الرفع والحكم إن احتملت المدة الزيادة على المقرر وعدمها . وأما الأجل المحلوف على ترك الوطء فيه ، فإنه من يوم الحلف . وجملة فهو مول ، خبر كل الواقع مبتدأ ، وقرنه بالفاء لما فى المبتدإ من العموم ، فهو شبيه بالشرط .

وقوله : (من يوم اليمين) خبر مبتدأ محذوف ، أى : والأجل محدود من يوم اليمين .

كانت يمينه محتملة لأقل من الأجل ، كقوله : والله لا أطؤك حتى يقدم زيد ، أو كانت على حث ، كقوله : إن لم أدخل دار زيد فأنت طالق .

وظاهر قوله : أكثر من أربعة أشهر ، أنه يكون موليا ولو زاد عليها يوما ، وهو كذلك ؛ وظاهره أيضا : أنه إذا حلف على أربعة أشهر فدون لا يكون موليا ، وهو كذلك على المشهور . وقيدنا كلامه بالمسلمين ، احترازا من الكافر إذا آلى فى حال كفره ، فإنه لا يلزمه وإن أسلم إلا أن يرضيا بحكمنا . وبالمكلف ، احترازا عن الصبى ، والمجنون ، فإنه لا يصح إيلاؤهما . وبالحر ، احترازا من العبد ، فإن إيلاءه

قوله : (كقوله والله لا أطؤك الخ) أى : أو يقول والله لا أطؤك ، وأطلق ، أو حتى أموت ، أو تموتى ، لأن يمينه تناولت بقية عمره أو عمرها ، وكأنه قال : والله لا أطؤك ، وأطلق .

وفائدة كون الأجل فى الصريح من اليمين أنها إذا رفعته بعد مضى أربعة أشهر للحر ، أو شهرين للعبد ، لا يستأنف الأجل . وإن رفعته قبل مضى ذلك حُسب ما بقى من الأجل ، ثم طُلِّق عليه إن لم يعد بالوطء ، على ما يأتى إيضاحه .

قوله : (حتى يقدم زيد) المذهب : أن الأجل فى هذه الصورة من يوم اليمين كالصريحة إلا أنه مقيد بما إذا علم تأخر قدومه عن مدة الإيلاء ، فإن شك فى تأخر قدومه ، لم يكن موليا . وانظر إذا حلف لا يطأ إلى أن يقدم زيد ، وقد علم تأخر قدومه عن أجل الإيلاء ، ثم قدم قبله فلا يسقط عنه الإيلاء فيما يظهر ، كما ذكره بعض شراح المختصر .

قوله : (أو كانت على حنث) أى : واحتملت مدة يمينه أقل ، وإن كان خلاف عطفه بأوعلى ما قبله .

قوله : (وهو كذلك على المشهور) وروى عبد الملك : أنه مول فى الأربعة ، وهو مذهب أبى حنيفة .

قوله : (إلا أن يرضيا بحكمنا) فننظر : هل يمينه صريحة أو لا ؟ فيجرى على حكمه .

قوله : (احترازا عن الصبى والمجنون) بخلاف السفيه ، والسكران بحرام ، والأخرس ، والأعجمى بلسانه .

يكون بالحلف على ترك الوطء أكثر من شهرين فقط ، على المشهور . وبمن يتصور منه الوقاع ، احترازا ممن لا يتصور منه ذلك : كالخصى والمجبوب ، فإنه لا يصح إيلاؤهما . وبزوجته ، احترازا من أم الولد ، والأمة ، فإنه إذا حلف على ترك الوطء منهما لا يكون مولياً . وبقولنا : الكبيرة ، احترازا من الصغيرة ، فإنه لا يلزمه فيها إيلاءه وبغير مرضع ، احترازا مما إذا حلف أن لا يطأها حتى تفطم ولدها فإنه ليس بمول ، لأنه أراد إصلاح الولد . وبقولنا : قاصدا بذلك الضرر ، احترازا مما إذا لم يقصد ضررا ، مثل : أن يكون مريضا فيرفق بنفسه ، فإنه لا يلزمه الإيلاء .

قوله : (أكثر من شهرين فقط على المشهور) وقيل كالحر . واقتصر المصنف على أجل الحر ، اعتمادا على ما اشتهر من أن العبد على النصف من الحر فى هذا ، كالحدود ، والطلاق .

قوله : (كالخصى والمجبوب) أى : والشيخ الفانى ، والعنين ، وشمل المجبوب ابتداء ، والذى جب أثناء المدة ، والمراد يتصور وقوعه ، أى : من جانبه ، فيشمل ما إذا كانت الزوجة غير مطيقة ، أو غير مدخول بها ، ولكن لا يضرب له أجل حتى تطيقه ، ولو مدخولا بها ، وحتى يدعى لدخول كبيرة مطيقة ، وبمضى مدة التجهيز ، قاله اللخمى .

قوله : (وبزوجته) أى : المنجزة ، أو المعلقة ، كقوله فى حق أجنبية : إن تزوجت فلانة فوالله لا أطؤها مدته فيلزم ، والظهار مثله ، بل فى المدونة : أن الإيلاء غير المعلق يلزم فى الأجنبية دون الظهار . وفرق اللخمى : بأن الأجنبية – حال الظهار – محرمة عليه قبل العقد ، فهي كظهر أمه قبل نطقه ، فلم يزد نطقه شيئا ، حيث لم يعلقه على تزوجها بخلاف الإيلاء ، فإنه حلف على ترك الفعل ، فمتى وجد منه كان حانثا .

قوله : (احترازا من الصغيرة فإنه لا يلزم فيها إيلاء) أى : من الآن ، فلا ينافى أنه يضرب الأجل حين تطيق الوطء .

قوله : (لأنه أراد إصلاح الولد) ومثله : ما إذا لم يقصد شيئا ، فإن قصد الامتناع من الوطء فمول من اليمين ، سواء كانت صيغته كما ذكره الشارح ، أو ما دامت ترضع ، أو مدة الرضاع ، أو الحولين . انظر شرح الزرقانى على خليل .

قوله : (مثل أن يكون مريضا الخ) فإنه لا يلزمه الإيلاء ، أى : إذا قيد بمدة المرض ،

(وَلَا يَقَعُ عَلَيْهِ) أى على المولى (الطَّلَاقُ إِلَّا بَعْدَ أَجَلِ الإِيلَاءِ وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ لِلْحُرِّ) لقوله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ [البقرة : ٢٢٦] (وَشَهْرَانِ لِلْعَبْدِ) على المشهور ، وقيل : إيلاؤه كالحر ، واختاره اللخمى (حَتَّى يُوقِعَهُ السُّلْطَانُ) هذا هو المشهور (فَإِنْ فَاءَ) أى : رجع (سَقَطَ عَنْهُ حُكْمُ الإِيلَاءِ) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ [البقرة : ٢٢٦] وتحصل الفيئة بمغيب الحشفة فى قُبُل الثيب ، وافتضاض البكر .

وأما لو لم يقيد فيلزمه الإيلاء . وهذا كله ، إذا كان المرض لا يمنع الوطء ، فإن منعه فلا إيلاء مطلقا .

قوله : (حتى يوقعه) أى : إلا أن يوقعه الخ ، وهو معطوف على قوله : إلا بعد الأجل ، بحذف العاطف ، أى : لا يقع عليه الطلاق إلا بمجموع الأمرين . ولو قال : ولا يقع عليه الطلاق إلا بعد الإيلاء ، وإيقاف السلطان ؛ لكان أوضح وأخصر . وبعد ، ففى العبارة شىء ، لأن ظاهره : أنه بمجرد الإيقاف يقع الطلاق ، وليس كذلك .

قوله : (هذا هو المشهور) أى : أن كونه لا يقع عليه الطلاق بتمام الأجل من غير إيقاف ، هو المشهور ؛ ومقابله : ما لعبد الملك : من أنه يقع عليه الطلاق بمضى الأربعة الأشهر ، وإن لم يوقف ، أى : فيوقفه السلطان إما فاء ، أو طلق ، والحق للزوجة الحرة دون وليها ، صغيرة مطيقة ، أو كبيرة ولو سفيهة ، وينتظر إفاقة المجنونة ، والمغمى عليها ، وليس لوليها كلام حال الجنون ، والإغماء ، فيما يظهر ، ولسيدها إن كانت أمة ، ولو رضيت هى ، لحقه فى الولد حيث يرجى منها الولد ، هذا إن لم يمتنع الوطء عقلا : كرتقاء ، أو عادة : كمريضة ، أو شرعا : كحائض ، ومحرمة ؛ وإلا فلا مطالبة لها ، ولا لسيدها .

قوله : (فإن فاءوا) أى : رجعوا إلى الوطء بعد امتناعهم منه . ابن العربى : هذا يقتضى أنه تقدم ذنب ، وهو : الإضرار بالمرأة فى المنع من الوطء .

قوله : (بل قُبُل الثيب) فلو غيبها فى دبرها ، فلا ينحل الإيلاء عنه .

قوله : (وافتضاض البكر) معطوف على قوله : مغيب الحشفة ، أى : فلا يكفى تغييبها مع عدمه فى : كالغوراء ، لصغر الحشفة .

ويشترط فى مغيب الحشفة الإباحة لا فى حيض ونحوه ، فلا يلزم من انحلال اليمين

وإن لم يفىء أمره السلطان بالطلاق ، فإن امتنع طلق عليه .

انحلال الإيلاء ، أى : لا يلزم عدم المطالبة بالفيئة ؛ وكذا يشترط الانتشار كما ينبغى ، ذكره بعض شيوخ **عج** .

والظاهر حينئذ الاكتفاء بانتشاره ولو داخل الفرج ، وعدم الاكتفاء بتغييبها مع لف خرقة تمنع اللذة أو كمالها كالغسل . وقدر الحشفة كالحشفة .

ولا فرق بين كون الرجل فى حالة وطئه ، عاقلا ، أو مجنونا ، فينحل الإيلاء عنه بذلك ، لنيلها بوطئه ما تنال فى صحته ، فلو آلى عاقلا ، ثم جن ، وطلبت الفيئة ، وفاء حال جنونه ، سقطت مطالبتها بها ، واليمين باقية عليه ؛ فإذا صح يستأنف له أجل .

ووطء المكره لغو .

قوله: (وإن لم يفىء) أى : امتنع ، فقال : لا أفىء ، عند طلب الزوجة أو السيد .

قوله : (فإن امتنع طلق عليه) أى : طلق عليه الحاكم ، أو صالحو البلدان لم يكن بها حاكم ، قاله : فى الشامل . قال بعضهم : والظاهر أن القولين المتقدمين يجريان أيضا هنا ، فيقال : هل يطلق الحاكم ، أو يأمرها به ، ثم يحكم ، وإن لم يمتنع وقال : أنا أفىء ولم يفعل ؟ فإن الحاكم يختبره المرة بعد المرة إلى ثلاث مرار ، ويكون ذلك قريبا بعضه من بعض ، فإن لم يفعل طلق عليه .

وطلاق المُولى رجعى ، وهو واحدة ، فلو طلق السلطان ثلاثا خطأ أو جهلا ، سقط الزائد .

* * *

[بـــاب الظهــار]

ثم انتقل يتكلم على الظهار (وَمَنْ تَظَاهَرَ) من المسلمين المكلفين ، حرا كان ، أو عبدا (مِنَ ٱمْرَأَتِهِ) أو أمته ، وهو : أن يشبهها بمحرمة عليه تحريما مؤبدا

(بـــاب الظهــار)

قوله : (ومن ظاهر من المسلمين) المسلم يشمل الزوج والسيد ، فلا يلزم الكافر ظهار ولو رفع أمره إلينا ، بخلاف إيلائه فإننا نحكم بينهم عند الرفع ، لأن الحق لها فى الإيلاء فربما تسقطه عند الترافع فيسقط ، والظهار حق لله ، فلا يسقط بدون كفارته .

تنبيه : حكم الظهار الحرمة لأنه كبيرة .

قوله : (المكلفين) يشمل السكران ، وتذكير الوصف يقتضى أن الظهار لا يقع من المرأة ، واحترز به من غيره ولو مراهقا ، فإنه لا يلزمه ظهار ، ولابد من الطوع ، فلا يلزم ظهار المكره ، ويشمل السفيه ، ولوليه التكفير عنه بالعتق إن كان موسرا ، فإن لم يعتق عنه لإجحافه بماله ، أو لأنه لا يأمن عود الظهار ، أو لمصلحة يراها - لم يجزه الصوم - وللزوجة الطلاق من غير ضرب الأجل ، وإن لم يكن له مال صام من غير منع لوليه ، فإن أبى فهو مضارر .

وفى صحة الظهار - من عاجز عن الوطء قادر على مقدماته كمجبوب وخصى وشيخ فان - وعدم صحته قولان ، والأول أقوى .

قوله : (من امرأته) ولو حائضا ، أو نفساء ، أو محرمة ، ما لم يقيد بمدة الحيض ، أو النفاس ، أو الإحرام ، فلا يلزم الظهار ، ورجعيته ، والأمة ولو مدبرة ، لأنه يحل له وطؤها . ولا يصح من المعتق بعضها ، ولا من المعتقة لأجل ، ولا من الأمة المشتركة إذ لا يحل له وطؤهن ، وقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِّسَائِهِمْ ﴾ [المجادلة : ٣] لا مفهوم له ، فالظهار يكون من الأمة أيضا .

قوله : (وهو أن يشبهها) الحاصل : أنه ينقسم إلى ثلاثة أقسام : صريح ، وكناية ظاهرة ، وكناية خفية .

فالصريح : ما فيه ظهر مؤبدة التحريم بنسب ، أو رضاع ، أو صهر ، أو لعان ،

بنسب ، أو رضاع ، أو صهر ، كقوله : أنت عَلَىَّ كظهر أمى (فَلَا يَطَؤُهَا)

أو وطء منكوحة فى عدة ، أو بكونها دابة . فإذا قال لمن يحل له وطؤها : أنت علىَّ كظهر الدابة ، كان مظاهرا ، كما قاله الدميرى .

والظاهرة : ما سقط فيه أحد اللفظين : الظهر ، أو مؤبدة التحريم ، نحو : أنت علىّ كيد أمى ، أو فرجها ، أو كظهر أبى ، أو ابنى ، أو غلامى ، أو فلان الأجنبى .

والخفية : كاسقينى .

فالصريح لا ينصرف لغيره ولو أراده ، فإذا قال لها : أنت علىّ كظهر أمى ، وأراد به الطلاق ، وجاء مستفتيا ، فإنه لا ينصرف إليه ، ويلزم الظهار . وأما فى القضاء فقيل : يؤاخذ بالطلاق لنيته ، ولا ينوى فيما دون الثلاث ، وبالظهار للفظه ؛ وقيل : لا يؤاخذ إلا بالظهار فقط .

والكناية الظاهرة هى التى تنصرف للغير بنيته ، فإذا قال لها : أنت كأمى ونوى به الطلاق ، لزمه فى الفتيا والقضاء ، ولا يلزمه الثلاث ، ولا ينوى فى المدخول بها ؛ وأما غيرها فينوّى .

والخفية التى لا تنصرف للظهار إلا بنية : كاسقينى .

إذا تقرر ذلك ، **فنقول** : هذا التعريف للكناية الصريحة ، إلا أن فى عبارته قصورا ، فالمناسب له أن يقول : وهو أن يشبهها كلها ، أو بعضها بظهر مؤبدة التحريم .

قوله : (أو صهر) منحصر فى أربعة أمور : أم الزوجة ، والربيبة إذا دخل بالأم ، وزوجة الأب ، وزوجة الابن .

قوله : (ولا يقبلها الخ) الحاصل : أنه يحرم عليه قبل إكمال الكفارة الاستمتاع ، ولو عجز عن كل أنواع الكفارة ؛ وعليها منعه ، ووجب إن خافته رفعها للحاكم ، فيمنعه من وطئها ، ويؤدبه إن أراد ذلك . ويجوز كونها معه فى بيت إن أمن ، ويلزمها خدمته قبل أن يكفر عنها ، بشرط الاستتار لغير وجهها ، ورأسها ، وأطرافها ، لجواز نظره لهذه المذكورات بغير قصد لذة .

إذا تقرر ذلك ، فقول الشارح : ولا إلى شعرها ، أى : ولا كفيها . ويوضح ذلك ،

ولا يقبلها ، ولا يلمسها ، ولا ينظر إلى صدرها ، ولا إلى شعرها (حَتَّى يُكَفِّرَ) بأحد أمور ثلاثة على الترتيب ، أولها (بِعِتْقِ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ سَلِيمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ لَيْسَ فِيهَا شِرْكٌ وَلَا طَرَفٌ مِنْ حُرِّيَّةٍ) أما اشتراط الإيمان ، فلأن المقصود من العتق القربة ، وعتق الكافر ينافيها .

وأما اشتراط السلامة من العيوب فليس على إطلاقه بل إن منع من كمال الكسب كقطع اليد ، فإنه لا يجزىء ، وإن لم يمنعه كالعرج الخفيف ، والعور ، فإنه يجزىء ، كما سينص عليه بعدُ .

قول الشامل : وجاز كونه معها فى بيت إن أمن عليها ، وله النظر لوجهها ، ورأسها ، وأطرافها ، بغير لذة . لا لصدرها ، وفيها : ولا لشعرها ، وقيل يجوز اهـ .

قال الخرشى فى كبيره : ويفهم منه أن النظر للصدر والشعر حرام مطلقا ، وأما الوجه ، والرأس ، والأطراف ، فيجوز بغير لذة ، لا بها اهـ .

وتجب الكفارة بالعود ، فلو كفر قبله لم يجزه . وهذا الوجوب ما دامت المرأة فى العصمة ، فإن طلقها ، أو ماتت عنده ، سقطت الكفارة ؛ وتتحتم الكفارة على المظاهر بوطئه للمظاهر منها ، ولو كان ناسيا ، سواء بقيت فى عصمته أو طلقها ، وسواء قامت بحقها فى الوطء أم لا ، لأنه حق لله .

واختلف فى العود ، فقيل هو : العزم على الوطء ، وقيل هو : العزم على الوطء مع إرادة إمساك العصمة .

قوله : (حتى يكفر) غاية الامتناع من الوطء ، وكان حقه أن يذكر العود ، ثم يذكر الكفارة ، لأنه إذا كفر قبل العود لا تجزئه .

قوله : (بعتق رقبة) أى : لا جنين ، فلا يجزىء ، ولكن يعتق بعد وضعه .

قوله: (أما اشتراط الإيمان الخ) أى : حقيقة وهو ظاهر ، أو حكما : كصغير الكتابى ، وصغير المجوسى ككبير المجوسى ، على أحد القولين . والمراد بالصغير : الصغير الذى لا يعقل دينه .

فقوله : (وعتق الكافر) أى : الكتابى الكبير ، كالكبير المجوسى على القول الآخر .

قوله : (كقطع اليد) أى : أو الرجل ، أو هما ، أو العمى ، أو البكم ، أو الجنون . وإن قل ، أو الهرم الشديد ، أو المرض الذى لا يرجى برؤه ، وكالمشرف ، وكذا قطع أصبع .

وأما اشتراط عدم الشركة ، وعدم شائبة الحرية ، فهو المشهور .

ويشترط فيها أيضا أن يكون ممن يستقر ملكه عليها ، احترازا ممن تعتق عليه ، وأن تكون خالية عن شوائب العوض ، فلا يصح أن يعتق عن ظهاره عبدا على دينار يكون فى ذمة العبد ، وأن لا تكون مشتراة بشرط العتق ، لأن هذا الشرط ينقص من ثمنها ، فكانت كالهبة .

تنبيه : لو كان معسرا ، وتداين ، واشترى رقبة وأعتقها أجزأه ، كمن فرضه التيمم ، فتركه واغتسل .

وظاهر كلامهم : سواء كان الأصبع خنصرا أو غيره ، من يد أو رجل ، ولو زائدا ، حسَّ وساوى غيره فى الإحساس ، والمراد : بالقطع : الذهاب ولو خلقة ، فإذا ذهب الأنملتان فالأظهر الإجزاء – كما فى الحطاب .

وكذا لا يجزىء مقطوع أذنين ، وأصم ، ومجذم ، وأبرص ، وأفلح – بالحاء – مقطوع الشفتين ، بخلاف ذى المرض الخفيف .

وقول الشارح : (والعرج الخفيف) أى : وأما العرج الشديد فإنه يمنع الإجزاء .

قوله : (وأما اشتراط عدم الشركة الخ) قال فى الجواهر : لو كانت الرقبة مشتركة بينه وبين غيره ، فأعتق جميعها عن ظهاره ، ففى الإجزاء قولان ، المشهور عدمه ، ولو أعتق البعض ، وأكمل عليه الباقى ، فالمنصوص أنه لا يجزئه ، ولو كان مالكا للجميع فأعتق البعض ، لم يجزئ .

قوله : (وعدم شائبة الحرية) فلا يجزىء مكاتب ، ومدبر ، ونحوهما من كل ما فيه شائبة حرية . وقيل : بالإجزاء بناء على قول من قال : إن من اشترى المدبر ، أو المكاتب ، فأعتقه ، مضى العتق ولم ينقض البيع ؛ فإن قلنا بنقضه ، فلا يجزىء عتقهما هنا .

قوله : (على دينار يكون فى ذمة العبد) وأما بما فى يده فيجزىء لأن له انتزاعه .

قوله : (وأن لا تكون مشتراة بشرط العتق) أى : ولابد أن تكون محققة الصحة ، لا إن كانت غائبة مقطوعة الخبر .

(فَإنْ) عجز عن العتق بأن (لَمْ يَجِدْ) رقبة ولا ثمنها ولا قيمتها (صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) بالأهلة ، فإن انكسر شهر ، صام أحدهما بالهلال ، وتمم المنكسر ثلاثين . وتجب نية التتابع ، ونية الكفارة ، لأن الكفارة والتتابع واجبان لابد لهما من نية . وإذا انقطع التتابع استأنف ، لأن الله تعالى اشترط التتابع بقوله : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ [المجادلة : ٤] وما يقطع التتابع يأتى (فَإنْ لَمْ يَسْتَطِعْ) الصوم بأن كان ضعيف البنية ، أو مستعطشا – مثلا – (أَطْعَمَ سِتِّينَ مِسْكِيناً) أحراراً مسلمين (مُدَّيْنِ) بمُدِّه عليه الصلاة والسلام (لِكُلِّ مِسْكِينٍ) من عيش أهل

قوله : (فإن عجز عن العتق) أى وقت إخراجها .

قوله : (ولا ثمنها) أراد : دراهم أو دنانير .

وقوله : (ولا قيمتها) أى : من دابة ، أو دار ، أو غير ذلك ، فإن كان عنده ثمن رقبة فقط – مما ذكر – ولو محتاجا له لأجل مرض ، أو منصب ، أو سكنى مسكن لا فضل فيه ، فإنه يلزمه العتق .

قوله : (وتجب نية التتابع ونية الكفارة) أى : ولو حكما ، بحيث إذا سئل عن ذلك لأجاب بذلك ، ويكفيه أن ينوى ذلك ، ولو فى أول ليلة من الشهرين ؛ وإن أيسر فى اليوم الرابع منه تمادى وجوبا ، وفيما دونه يندب له الرجوع للعتق . ووجب الرجوع قبل تمام يوم أو بعده ، وقبل دخوله فى الثانى ، وإلا نُدب لتمام الثالث . فالصور ثلاث ، فلو أفسد صومه ولو فى آخر يوم ، وجب الرجوع للعتق عند اليسار .

قوله : (البنية) بكسر الباء ، أى : هيئته التى بُنى عليها ، أى : ذاته .

وقوله : (أو مستعطشا) السين والتاء للتأكيد ، أي : قوى العطش بحيث يضر به الصوم .

قوله : (من عيش أهل البلد) كلهم أو جلهم . اعلم : أن الذى يخرج من الطعام فى الكفارات ، هو الذى يخرج فى صدقة الفطر : كالشعير ، والقمح والسلت ، والزبيب ، والأقط ، والذرة ، والأرز ، والدخن ، والتمر .

واعلم أيضا : أنه يدفعه بُرًّا إن اقتاتوه ، وإن اقتاتوا غيره فقدره شبعا ، بأن يقال : إذا شبع الرجل من المد الكائن من البر ، كم يشبعه من غير البر كالتمر والشعير ؟ فيقال : كذا ، فيخرجه .

البلد ، وما ذكره من عدد المساكين لا خلاف فى وجوبه ، فلا يجزئ أن يعطى ثلاثين مسكينا أربعة أمداد لكل مسكين . ولا أن يعطى مائة وعشرين مسكينا مدا لكل مسكين .

وما ذكره المصنف رحمه الله تعالى – أنه يطعم كل مسكين مدين ، رواية عن مالك . فقال : والذى فى المدونة ، وشهره ابن الحاجب : أنه يطعم كل مسكين مدا بمد هشام ، وهو مد وثلثان على المشهور بمده ﷺ .

تنبيه : قوله : أطعم ، هذا فى حق الحر ؛ وأما العبد فلا يكفر بالإطعام إلا إذا أذن له سيده . وقوله : (وَلَا يَطَؤُهَا) يريد ولا يقبلها ، ولا يباشرها (فِى لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ حَتَّى تَنْقَضِىَ الكَفَّارَةُ) تكرار مع قوله قبل : فلا يطؤها حتى يكفر (فَإِنْ فَعَلَ)

ابن عبد السلام ، وابن عرفة : المعتبر الشبع ، زاد على مد هشام أو نقص .

وقال الباجى : الأظهر عندى مثل مكيلة القمح كزكاة الفطر .

فإذا اقتيت غير هذه التسعة : كاللحم ، والقطانى ، أجزأ الإخراج منه ، قاله : **تت** . وظاهره : أنه لا يراعى فى المخرج من هذه أن يغلب اقتياته ؛ وكذا ظاهره : أنه إذا وُجد شىء من هذه التسعة ، وكان الاقتيات من غيرها ، أنه يخرج منه ، ولا يخرج مما وُجد منها ، وهو خلاف ما تقدم فى زكاة الفطر فى هذين الأمرين ، أشار له **عج** .

قوله : (والذى فى المدونة) وهو الراجح .

قوله : (بمد هشام) وهو ابن إسماعيل بن الوليد بن المغيرة ، كان عاملا على المدينة لعبد الملك بن مروان .

قوله : (وهو مد وثلثان على المشهور) وقيل : مد هشام قدر مدين من أمداده ﷺ .

قوله : (إلا إذا أذن له سيده) فلو لم يأذن له سيده ، انتظر حيث عجز عن الصوم ، وإلا صام ؛ ولسيده أن يمنعه من الصوم إذا كان يضر بخدمة سيده إن كان من عبيد الخدمة ؛ أو لم يؤد خراجه إن كان من عبيد الخراج ، فإن جعل عليه كلا منهما ، وحصل بالصوم ضرر فى أحدهما ، فله المنع . وأما العتق فلا يجزئه ولو أذن .

قوله : (تكرار الخ) وأجيب : بعدم التكرار ، لأن ما ذكره هناك محتمل لابتداء الكفارة وإتمامها ، وما ذكره هنا مخصص لأحد الاحتمالين .

المُظاهر (ذَلِكَ) أي مانهى عنه ، بأن وطىء المظاهر منها ، أو قبلها ، أو باشرها ، قبل الشروع فى الكفارة (فَلْيَتُبْ إِلَى ٱللهِ عَزَّ وَجَلَّ) مما فعل ، وليس عليه كفارة أخرى (فَإِنْ كَانَ وَطْؤُهُ) أو استمتاعه بغير الوطء ، (بَعْدَ أَنْ فَعَلَ بَعْضَ الكَفَّارَةِ بِإِطْعَامٍ أَوْ صَوْمٍ فَلْيَبْتَدِئْهَا) أي : الكفارة ، وسكت عن العتق لأنه لا يتبعض (وَلَا بَأْسَ بِعِتْقِ الأَعْوَرِ فِى الظِّهَارِ) كما قدمناه ، لأن العين الواحدة تسد مسد العينين (وَ) كذلك لا بأس بعتق (وَلَدِ الزِّنَا) والآبق ، والسارق ، والزانى (وَيُجْزِئُ الصَّغِيرُ) أى عتقه فى الظهار ، ولو كان فى المهد لصدق اسم الرقبة عليه (وَ) لكن عتق (مَنْ صَلَّى وَصَامَ) أى : عقلهما (أَحَبُّ إِلَيْنَا) أى : إلى

قوله : (بأن وطىء المظاهر) أى : عمدا ، لأن الناسى لا يفتقر إلى توبة قاله : فى التحقيق .

قوله : (بعد أن فعل بعض الكفارة) ولو كان الباقى يسيرا ، كصوم يوم ، أو إطعام مسكين ، صدر منه ذلك غلطا ، أو نسيانا ، فى ليل ، أو نهار . وأما وطء غير المظاهر منها ، فجائز ليلا ، ولا يبطل الصوم ولو عالما ، كما لا يبطله نهارا مع النسيان .

قوله: (تسد مسد العينين) أى : فى البصر ، والاكتساب ، والقوة على الحرف والصنائع ، قاله : فى التحقيق .

قوله : (والآبق) أى : الذى لم ينقطع خبره عنك ، وإلا فلا يجزىء إذ لا يعلم حياته ، وعلى تقدير حياته لا يعلم سلامته ، فلو علم ولو بعد العتق ، أنه كان وقته بصفة من يعتق عن ظهار أجزأ ، بخلاف الجنين فلا يجزىء ؛ ولو علم أنها وضعته بعد العتق بصفة من يجزىء ، لأنه حين العتق لا يسمى رقبة ؛ فلو أعتق حمل أمته عن ظهاره ظنا عدم الوضع ، ثم تبين أنها وضعته قبل العتق ، لا ينبغى أن يجزئه ، ولم أر فيه نصا ، بهرام .

قوله : (فى المهد) المهد ما يمهد للصبى من مضجعه .

قوله : (ولكن عتق من صلى وصام) أى : عقل أن من فعلهما يثاب ، ومن تركهما يعاقب ، وإن لم يبلغ سن من يؤمر بالصلاة .

المالكية ، لتمكنه من معايشه بخلاف الرضيع ونحوه ، فإن ذلك متعذر فيه .

قوله : (بخلاف الرضيع ونحوه) أى : وإن أجزأ فإن أعتقه كذلك ، فكبر أخرس ، أو أصم ، أو مقعدا ، أو مطبقا ، فليس عليه بدله .

تتمة : لا يصح كفارة الظهار ملفقة من صوم شهر ، وإطعام ثلاثين .

ومن أعتق صغيرا لا قدرة له على الكسب ، أو أعتق كبيرا زمِنا ، لزمه الإنفاق عليهما حتى يبلغ الصغير القدرة على الكسب ، ويموت الكبير .

* * *

[بـــاب اللعـــان]

ثم انتقل يتكلم على اللعان – وهو الإبعاد – فقال : (وَاللِّعَانُ) أى : مشروع ، رخصة ، والأصل فيه الكتاب ، والسنة ، والإجماع . قال تعالى :

(باب اللعـان)

قوله : (وهو الإبعاد الخ) قال فى المصباح : لعنه لعناً – من باب نفع – طرده ، وأبعده ، إلى أن قال : ولاعنه ، ملاعنة ، ولعانا ، وتلاعنوا : لعن كل واحد الآخر اهـ فقد علمت من كلام المصباح : أن اللعان مصدر لاعن لا مصدر لعن ، وأنه لغة : إبعاد كل منهما الآخر لا مطلق إبعاد ، كما هو مفاد الشرح ، ثم بعد كتبى هذا ، رأيت شارح الحديث قال : اللعان مصدر لاعن [1] سماعى لا قياسى ، والقياس الملاعنة ، من اللعن وهو الطرد والإبعاد ، فلله الحمد .

وإنما سمى باللعان دون الغضب تغليبا للمذكر على المؤنث [2] ؛ لأن الزوج تسبب ؛ وقد عرفت معناه لغة .

وأما فى الشرع فهو : حلف الزوج على زنا زوجته ، أو نفى حملها اللازم له ، وحلفها على تكذيبه ، إن أوجب نكولها حدها بحكم قاض .

خرج بقوله : اللازم ، الحمل غير اللازم له ، فإنه لا لعان فيه ، كما إذا أتت به لأقل من ستة أشهر من يوم العقد ، وكذا إذا كان الزوج خصيًّا .

وخرج بقوله : وحلفها الخ ، ما إذا حلف ونكلت ، ولم يوجب النكول حدها ، كما إذا غصبت ، فأنكر ولدها ، وثبت الغصب ، فلا لعان عليها ؛ واللعان عليه وحده .

وخرج بقوله : بحكم قاض ، لعان الزوجة والزوج من غير حكم ، فليس بلعان .

قوله : (رخصة) واجبة لنفى الحمل ، جائزة لرؤية الزنا ، والستر أولى قال ابن عرفة .

---

(١) قوله سماعى لا قياسى الحق أنه قياسى كما أفاده المصباح لقول ابن مالك :

لِفَاعَلَ الفِعَالُ والمُفَاعَلَهْ   وَغَيْرُ مَا مَرَّ السَّمَاعُ عَادَلَهْ

(٢) يريد : أن اللعان سمى بذلك من يمين الرجل الخامسة : أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ولم يُسم غضبا من يمين المرأة الخامسة : أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، تغليبا للمذكر كما هو معروف فى اللغة ؛ ومن حيث الفقه لسبقه فى اللعان وتسببه فيه إذ لو لم يطلبه ما وقع . (المحقق) .

﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ الآية [النور : ٦] . وفى الصحيح : أَنَّ عُوَيْمِرَ العَجْلَانِى ، وَهِلَالَ ابْنَ أُمَيَّةَ لَاعَنَا زَوْجَتَيْهِمَا عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللهِ ﷺ (١) ولا خلاف فى ذلك بين الأمة . وقوله : (بَيْنَ كُلِّ زَوْجَيْنِ) ليس على عمومه ، بل

قوله : (عويمرا) – بضم العين وفتح الواو – تصغير عامر بن الحارث بن زيد بن الجد ابن عجلان .

وقوله : (العجلانى) – بفتح العين وسكون الجيم – نسبة إلى جده .

قوله : (لاعنا زوجتيهما الخ) أى : فقد رمى الأول زوجته بأنه رآها مع رجل ، والثانى قذف امرأته برجل .

قوله : (على عهد رسول الله ﷺ) أى : زمن رسول الله ﷺ .

قوله : (بين كل زوجين) ولو فسد نكاحهما مجمعا على فساده دخل أو لا ، ولو فاسقين ، لقول الموازية : ومن نكح ذات محرم ، أو أخته غير عالم ، وقد حملت وأنكر الولد ، فإنهما يتلاعنان ، لأنه نكاح شبهة ؛ فإن نكلت حدت ، وإن نكل حد للقذف ، ويلزم الولد .

وكذا يقع اللعان فى شبهة النكاح ، لأن وطء الشبهة شبيه بوطء النكاح من حيث لحوق الولد ، وعدم الحد .

فقول المصنف : الزوجين ، أى : ولو حكما . واحترز بالزوجين من السيد مع أمته ، فابنها منه لاحق به حيث اعترف بوطئها من غير دعوى استبراء ، ولا يصح نفيه ؛ فلو لم يعترف بالوطء ، أو استبرأها بحيضة ، وأتت بولد بعد ذلك ، فله نفيه من غير يمين .

قوله : (أن يكون مسلما) أى : فلا يصح اللعان من كافر لكافرة . نعم إن جاءوا إلينا ورضوا بأحكامنا ، حكمنا بينهم بحكم الإسلام . وأما لو كان كافرا وهى مسلمة ، كما إذا أسلمت تحته ، أو غرها ، أو تزوجها على القول بأنه غير زنا ، فيتلاعنان ، فإن نكل هو حد ، وإن حلف الأيمان ونكلت ، فلا حد عليها لأنها أيمان كافر ، وهى قائمة مقام الشهادة ، ولا شهادة لكافر على مسلم .

---

(١) الموطأ : ٥٦٦/٢ – البخارى بفتح البارى : ٣٦٠/٩ المكتبة السلفية .

يشترط فى الزوج أن يكون : مسلما ، مكلفا ، يتأتى منه الوطء ، ويشترط فى الزوجة أن تكون : ممن يمكن حملها ، ولا يشترط فيها الإسلام والحرية ، فلا يلاعن الصغيرة ، إذا لو أقرت بالزنا لم يلزمها شيء ، وتلاعن الكتابية ، والأمة ، والمجوسية يسلم زوجها ، ولا تسلم هى .

واللعان بين الزوجين يكون (فِى نَفْيِ حَمْلٍ يُدَّعَى قَبْلَهُ الاسْتِبْرَاءُ أَوْ) يدعى

قوله : (يتأتى منه الوطء) هذا فى نفى الحمل ، فلا لعان على المجبوب فيه بل ينتفى بغير لعان ، كحمل زوجة الصبى ، ومثل المجبوب : ذاهب الأنثيين وإن أنزل على الأصح ؛ وكذا قائم الذكر مقطوع البيضة اليسرى ، فينتفى بغير لعان .

وأما مقطوع الذكر قائم الأنثيين ، أو مقطوع اليمنى ، فيلاعن لوجود اليسرى التى تطبخ المنى عند الأطباء ، وأما اليمنى فلنبات الشعر عندهم .

وأما فى الرؤية ، والقذف ، فيكون ولو من عنين ، أو هرم ، أو خصى مطلقا ، أو مجبوب .

قوله : (أن تكون ممن يمكن حملها) هذا فى اللعان لنفى الحمل ، وأما للرؤية والقذف ، فشرطه إطاقة الزوجة ولو كتابية ، وغير مدخول بها ، لكن البالغة تلاعن كالزوج ، والمطيقة إنما يلاعن زوجها لا هى ، وغير المطيقة لا لعان على واحد منهما ، ولا حد على الزوج .

قوله : (فلا يلاعن الصغيرة) أى : لا يحصل منهما معاً لعان ، فلا ينافى أنه يلاعن وحده إذا كانت تطيق الوطء .

قوله : (وتلاعن الكتابية الخ) أى : بنفى الحمل ، أو الولد ، لا الرؤية ، فلا يلزم بل يجوز إلا أن يريد بها إسقاط الحمل ، فيلزم لعانه . وقال ابن المواز : ولعان الحر المسلم مع زوجته الأمة أو الذمية فى نفى الولد ، لا فى الرمى ولا فى الرؤية ، إلا أن يريد نفى الحمل فى الرؤية الخ .

قوله : (يدعى قبله الاستبراء) ولو بحيضة ، ومثل الاستبراء : دعواه عدم وطئها بعد وضعها الحمل الأول الذى قبل هذا المنفى ، والحال أن بين الوضعين ما يقطع الثانى عن الأول وهو : ستة أشهر فأكثر ، وأما لو كان بينهما أقل من ستة أشهر ، لكان الثانى من تتمة الأول . وهذا من المواضع التى استبراء الحرة فيها ليس كعدتها ، والثانية الردة ، والثالثة الزنا ، فإن الاستبراء فيها حيضة واحدة .

(رُؤْيَةُ الزِّنَا كَالمِرْوَدِ) بكسر الميم (فِى المُكْحُلَةِ) – بضمها وضم الحاء – ويشترط فى اللعان لنفى الحمل شرط آخر ، وهو : أن يقوم بفوره ، وأما إذا رآه وسكت ، ثم قام بعد ذلك ، فلا لعان .

ويشترط فى اللعان بالرؤية : أن لا يطأ بعدها ، ع : قوله رؤية الزنا إلى آخره ،

وأشار بقوله : يدعى قبله الاستبراء ، إلى أنه لا يجوز لأحد نفى حمل زوجته إلا إذا اعتمد على أمر قوى ، فلا يجوز أن يعتمد على عزله ، ولا على عدم مشابهته له ، ولا على سواده مع كونه أبيض ، ولا على كونه كان يطؤها بين فخذيها حيث كان ينزل ، ولا على وطء بغير إنزال حيث وطئ قبله ولم يبل حتى وطئها ، لاحتمال بقاء المنى فى قصبة الذكر .

قوله : (أو رؤية الزنا) أى : فى دعواه رؤية الزنا ، المراد بها : التيقن ، فلا تشترط الرؤية بالبصر ولو من بصير ، فالأعمى يلاعن حتى فى رؤية الزنا حيث يتيقنه بِحِس أو جَس ، ولا يشترط فى وصفه أن يقول كالشهود : رأيت فرجه فى فرجها كالمرود فى المكحلة .

فقوله : (كالمرود الخ) ليس بلازم ، وإذا لاعن لرؤية الزنا ، فإنه ينتفى بذلك اللعان ما ولدته لستة أشهر فصاعدا من يوم الرؤية ، وفى حكم الستة ما نقص منها كخمسة أيام أو أربعة ، وإن أتت بولد غير سقط لأقل من ستة أشهر من يوم الرؤية فإنه يلحق به ، لأن اللعان إنما كان لرؤية الزنا . ويشترط فى دعوى رؤية الزنا : أن يدعيها وهى فى العصمة ، أو فى عدتها ، ولو لم يلاعن إلا بعد العدة . وأما لو ادعى بعد العدة أنه رآها تزنى ولو فى العدة ، – يلاعن – كما ذكره : عج ، أى : وإنما يحد . وأما اللعان لنفى الحمل ، فلا يتقيد بكون المرأة فى العصمة ، أو فى العدة .

قوله : (شرط آخر) وهو أن يقوم بفوره ، أى : بأن لا يؤخر اليوم واليومين بلا عذر فى التأخير ، وألحق به الولد ، وبقيت زوجته مسلمة أو كتابية ، وحد للمسلمة . وليس من العذر تأخيره ، لاحتمال كونه ريحا فينفش خلافا لابن القصار ، وكذا الوطء يمنع اللعان لنفى الحمل .

قوله : (ويشترط فى اللعان بالرؤية أن لا يطأ بعدها) وأما التأخير فلا يمنع اللعان لرؤية الزنا ، وشرط اللعان لرؤية الزنا أن يرفعه للحاكم .

يريد غير ذات الحمل ، واختلف إذا ادعى ذلك فى ذات الحمل . **قلت** : الذى مشى عليه فى المختصر لعانها (وَٱخْتُلِفَ فِي اللِّعَانِ فِي الْقَذْفِ) من غير دعوى رؤية الوطء ، ولا نفى حمل ، على قولين مشهورين : **أحدهما** : أنه يلاعن . **والآخر** : أنه يحد ، ولا يلاعن .

ويتعلق باللعان أربعة أحكام : **أحدها** أشار إليه بقوله : (وَإِذَا ٱفْتَرَقَا باللِّعَانِ لَمْ يَتَنَاكَحَا أَبَدًا) والثلاثة الباقية : سقوط الحد ، ونفى النسب ، وقطع النكاح .

قوله : (قلت الذى مشى عليه فى المختصر) أي : من حيث أنه لم يقيد بغير الحامل .

قوله : (واختلف فى اللعان الخ) أى : بأن قال لها : يازانية ، أو أنت زنيت ، ولم يقيد ذلك برؤية ، أو بنفى حمل . فقال ابن القاسم : يلاعن . والأكثر يحد ، قاله : **عج** ، ومراده : القذف الذى لم يستند فيه لتيقن رؤية ، ولا يستند فيه لنفى الحمل والولد ، فإن تيقن ما ذكر لاعن فيه ، لأنه يعتبر فى اللعان التيقن ، ولو بغير الرؤية البصرية اهـ .

قوله : (أحدها الخ) وهو تأبيد التحريم .

قوله : (سقوط الحد) أى : عن الزوج فى الزوجة الحرة المسلمة ، أى : أو الأب فى الزوجة الأمة ، أو الذمية . هذا بالنسبة للعان الزوج .

وأما لعان المرأة ، فيترتب عليه سقوط الحد عنها إن كانت مسلمة ولو أمة ، وسقوط الأدب إن كانت ذمية .

قوله : (ونفى النسب) هذا مما يترتب على لعانه ، أى : قطع نسبه من حمل ظاهر أو سيظهر .

وقوله : (وقطع النكاح) هذا مما يترب على لعانها ، والأول – وهو تأبيد الحرمة – مما يترتب على لعانها .

والحاصل:أن ثمرة اللعان فى الحقيقة ستة أشياء : فثلاثة مترتبة على لعان الزوج .

أولها : رفع الحد أو الأدب على ما قررنا .

ثانيها : إيجاب الحد على المرأة المسلمة ولو أمة ، والأدب على الذمية إن لم تلاعن .

وتقع الفرقة بينهما بتمام لعانهما ، ولا يحتاج إلى حكم حاكم ، وهي فسخ ، لا طلاق على المشهور (وَ) صفة اللعان أنه (يَبْدَأُ الزَّوْجُ) وجوبا ، وقيل استحبابا . وفائدة الخلاف : إذا بدأت الزوجة هل تعيد اللعان ؟ وهو قول أشهب ، وهو المذهب ، أو لا تعيد ؟ وهو لابن القاسم . وإذا ابتدأ الزوج (فَيَلْتَعِنُ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِٱللّٰهِ) فإن كان اللعان لنفى حمل يقول : أشهد بالله ما هذا الحمل منى أربع مرات ، قاله : ابن المواز . واقتصر عليه صاحب المختصر . والذى فى المدونة ، وهو المشهور : يقول أشهد بالله لزنت .

وإن كان للرؤية يقول أربع مرات : أشهد بالله لرأيتها تزنى .

(ثُمَّ) بعد أن يلتعن أربع شهادات بالله (يُخَمِّسُ بِاللَّعْنَةِ) فيقول : عليه لعنة

ثالثها : قطع نسبه .

وثلاثة مترتبة على لعان الزوجة :

(١) رفع الحد .

(٢) وفسخ نكاحها اللازم .

(٣) وتأبيد حرمتها .

وقوله : وقطع النكاح ، هو **الرابع** . وهو فى المعنى يؤخذ من المصنف أيضا ، لقوله : وإذا افترقا باللعان ، أى : بسببه .

قوله : (وتقع الفرقة بينهما بتمام لعانهما) فالفرقة لا تحصل - كالحرمة - إلا بتمام لعان الزوجة ، وهو المشهور ، وقيل إن الفرقة تحصل بمجرد لعان الزوج .

قوله : (والذى فى المدونة) جعل الشيخ كلام المختصر أنسب من كلام المدونة ، لأنه لا يلزم من الزنا كون الحمل من الزانى .

قوله : (أشهد بالله لرأيتها تزنى) ولا يحتاج لزيادة : الذى لا إله إلا هو ، على أشهد بالله ، وإن وجبت فى الحلف على الحقوق .

وقوله : (لرأيتها) الظاهر أن هذا فى البصير ، وأما الأعمى فيقول : تحققته ، أو علمت وهكذا ، قاله الخرشى عن تقرير .

قوله : (فيقول عليه لعنة الله الخ) ظاهره : أنه لا يضم لذلك أشهد بالله ، وهو كذلك ؛ ومثله يقال فى قوله : وتخمس بالغضب ، فهو أحسن من كلام خليل قاله : **عج** .

الله إن كان من الكاذبين ، كذا فى المختصر . والذى فى المدونة يقول : إن لعنة الله عليه ، وهو أولى للآية .

(ثُمَّ) إذا تم لعان الرجل (تَلْتَعِنُ هىَ) أى المرأة (أَرْبَعاً أَيْضًا) مبطلة لحلف الزوج ، فإذا قال فى نفى الحمل على ما فى المدونة أشهد بالله لزنت ، فترد هى ذلك فتقول فى الأربع مرات : أشهد الله ما زنيت . وإذا قال فى الرؤية : أشهد بالله لرأيتها تزنى ، فترد ذلك فتقول فى المرات الأربع : ما رآنى أزنى (و) بعد الرابعة (تُخَمِّسُ بالغَضَبِ كَمَا ذَكَرَهُ ٱللهُ سُبْحَانَهُ وتَعَالى) فتقول : غضب الله عليها إن كان من الصادقين .

ويجب أن يكون اللعان بحضرة جماعة من الناس أقلهم أربعة ، وأن يكون فى

قوله : (وهو أولى) أى : ليس بواجب ، قال فى التحقيق : إلا أن الإتيان بلفظ أن ليس بواجب لكنه الأولى .

وقوله : (أشهد بالله ما زنيت) أى : وإن كان قال ما هذا الحمل منى فتقول : أشهد بالله إن هذا الحمل منه .

تنبيه : لم يعلم حكم ذكر أشهد ، وحكمه الوجوب فى حق الناطق ، فلا يكفى أحلف ولا أقسم ، كما يجب لفظ اللعن فى خامسة الرجل ، والغضب فى خامسة المرأة ، أى لأن الرجل مبعد لأهله وولده فناسب ذلك ، لأن اللعن معناه البعد . والمرأة مغضبة لزوجها ولأهلها وربها فناسبها ذلك . فلو أبدل الرجل اللعنة بالغضب ، والمرأة الغضب باللعنة لم يجز .

قوله : (أقلهم أربعة) أى : لأن اللعان شعيرة من شعائر الإسلام ، وأقل ما تظهر به تلك الشعيرة أربعة ، لا لاحتمال نكول أو إقرار ، لأن ذلك يثبت باثنين ، وهؤلاء الأربعة من أشراف الناس لا من أراذلهم .

قوله : (وأن يكون فى أشرف أمكنة البلد الخ) أى : لأن ذلك مقطع للحق ، ولأن المقصود من اللعان التخويف والتغليظ على الملاعن ، وللموضع حظ ؛ ولهذا كان لعان الذمية فى كنيستها ، واليهودية فى بيعتها . فالمراد بالأشرف بالنظر للحالف ، ولا شك أن الكنيسة أشرف البلد بالنظر للحالف وهى الذمية . أو يقال المراد بالأشرف حقيقة أو ادعاء .

أشرف أمكنة البلد وهو المسجد ، إن كانت الزوجة مسلمة ؛ وإن كانت ذمية فتلاعن فى كنيستها .

ويستحب أن يكون بعد صلاة العصر . وتخويفهما خصوصا عند الخامسة

والحاصل : أن وقوعه بأشرف أمكنة البلد واجب شرطا كما فى الأموال ، فلا يقبل رضاهما أو أحدهما بدونه . وذكر الخرشى عن تقرير : أن كونه بأشرف البلد حق لله تعالى ، فلو امتنع من ذلك يعد نكولا . وفى مكة عند الحجر الأسود ، وفى المدينة عند القبر ، وفى بيت المقدس عند الصخرة .

قوله : (وإن كانت ذمية) أى نصرانية ، فتلاعن فى كنيستها ، أى : واليهودية فى بيعتها ، والمجوسية فى بيت النار ، وإن كان لا دين لهما مثل الوثنيين ففى مجلس حكمه . قال القرطبى : وإذا فرغ المتلاعنان من تلاعنهما جميعا تفرقا ، وخرج كل واحد منهما من باب المسجد الجامع غير الباب الذى يخرج منه صاحبه ، ولو خرجا من باب واحد لم يضر لعانهما ، ولا خلاف أنه لا يكون اللعان إلا فى مسجد جامع تجمع فيه الجمعة بحضرة السلطان ، أو من يقوم مقامه من الحكام اهـ .

قوله : (ويستحب أن يكون بعد صلاة العصر) اعلم : أن كونه إثر صلاة مندوب ، وروى ابن وهب وبعد العصر أحب إلىّ ، فكونه بعد العصر مستحب ثان خلافا لما يوهمه صنيع الشارح ، قال المهلب : وسبب كون اليمين بعد العصر شهود ملائكة الليل والنهار ذلك الوقت . قال فى الفتح وفيه نظر ، لأن بعد صلاة الصبح مشاركة له فى شهود الملائكة أى : وارتفاع الأعمال لحديث : (يَتَعاقَبُونَ فِيكُمْ مَلَائِكَةٌ) [1] الخ وذكر بعض فى وجه التغليظ بعد العصر : أنه وقت يتوب فيه المقصر لكونه آخر النهار ، ويشتغل فيه الموفق بالذكر ونحوه فالمعصية فيه أقبح .

قوله : (وتخويفهما) أى يندب تخويفهما أى ابتداء قبل الشروع فى اللعان ، بأن يقال لكل منهما تب إلى الله ، ويذكرهما أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، فإن أحدهما كاذب بلا شك .

قوله : (خصوصا الخ) أى أخص الوعظ عند الخامسة خصوصا ، أى :

---

(١) الموطأ ١/١٧٠ .

يقال لهما : هذه الخامسة هى الموجبة عليكما العذاب (وَإِنْ نَكَلَتْ هِيَ) أى جبنت المرأة عن اللعان بعد لعان الزوج (رُجِمَتْ إِنْ كَانَتْ) بالغة (حُرَّةً مُحْصَنَةً بِوَطْءٍ تَقَدَّمَ مِنْ هَذَا الزَّوْجِ) الملاعن (أَوْ) من (زَوْجٍ غَيْرِهِ) واحترز بالبالغة من غيرها فإنها لا تحد ، وبالحرة من الأمة فإنها تحد خمسين جلدة من غير رجم (وَإِلَّا) أى : وإن لم يتقدم للملاعنة إحصان (جُلِدَتْ مِائَةَ جَلْدَةٍ وَإِنْ نَكَلَ الزَّوْجُ) الملاعن ، وكانت الزوجة بالغة مسلمة حرة (جُلِدَ) لها (حَدَّ الْقَذْفِ ثَمَانِينَ)

ويتأكد عند الخامسة خصوصا ، أى : بعد الرابعة وعند التوجه للخامسة .

قوله : (يقال لهما) الأولى أن يقول : والقول لهما بأنها الموجبة ، أى : يندب القول لكل منهما بأن الخامسة هى الموجبة للعذاب ، أى : محل نزوله بمعنى أن الله تعالى بمقتضى اختياره رتب العذاب عليها ، والمراد بالعذاب الرجم أو الجلد على المرأة إن لم تحلف ، وعلى الرجل إن بدأت قبله على القول بعدم إعادتها .

قوله : (رجمت) أى ضربت بالحجارة إلى أن تموت ما لم ترجع إلى الحلف ، فإن لها ذلك كالتى تقر على نفسها بالزنا ، ثم ترجع عنه ، قاله فى النكت بخلاف الزوج إذا نكل ثم أراد أن يرجع فلا يمكّن من ذلك بل يحد .

قوله (محصنة) يتضمن كونها حرة مسلمة ، بالغة ، عاقلة ، وطئت وطأ مباحا بنكاح ، وحينئذ فقوله : إن كانت حرة ، وقوله : بوطء ، يفيده قوله محصنة ويفيده ما تقدم أيضا ، قاله عج .

قوله : (أو من زوج غيره) أى : فى نكاح صحيح لازم ، وكان ذلك الوطء مباحا بانتشار من زوج مسلم مكلف .

قوله : (فإنها لا تحد) يعنى إن كانت صغيرة مطيقة للوطء ، فالزوج يلاعن دونها ، وإن نكل حد ، ولا لعان عليها لأنها لو أقرت بالزنا لم تحد .

قوله : (جلدت مائة جلدة) حيث كانت حرة ، مسلمة ، مكلفة ، فإن كانت أمة فنصف الحد ، وإن كانت ذمية يلزمها الأدب لأذيتها لزوجها ، وردت لحاكم ملتها بعد تأديبها ، لاحتمال استحقاقها الحد بنكولها .

قوله : (وكانت الزوجة بالغة الخ) أى : وعفيفة لا إن لم تكن كذلك ، فلا حد .

جلدة (وَلَحِقَ بِهِ الْوَلَدُ) لأن نسبه ثابت لا ينفيه إلا اللعان ؛ ولا يخفى حكم القيود التي ذكرناها .

ثم انتقل يتكلم على الخلع فقال : (وَلِلْمَرْأَةِ) أي : ويباح لها إذا كانت بالغة رشيدة غير مديانة (أَنْ تَفْتَدِيَ) أي تختلع (مِنْ زَوْجِهَا) إذا كانت بالغا رشيدا

وقوله : (مسلمة) أي : وأما الذمية فيلزمه الأدب بنكوله ، وكذا الأمة . وأما التقييد ببالغة فإنما هو بالنظر للتقييد بقوله : ولحق به الولد ، وإلا فقد تقدم أنها إذا كانت تطيق الوطء ونكل ، يحد لها . وهذا أحسن من قوله في التحقيق .

وقيدنا كلامه بكونهما بالغين ، لنحترز به عما إذا كانا غير بالغين ، أو كانت هي فقط غير بالغة ، فإنه لا حد عليه .

قوله : (ثمانين جلدة) حيث كان حرا مكلفا ، فإن كان صبيا والزوجة بالغة ، فإن رماها بالزنا فلا لعان ولا حد عليه ؛ وإنما يؤدب ، وإن ظهر بها حمل انتفى عنه بغير لعان ، وعليها الحد .

قوله : (ولا يخفى حكم القيود) أي : ولا يخفى مفهوم القيود التي ذكرناها التي هي : مسلمة بالغة حرة ، وقد ذكرناه .

قوله : (وللمرأة) ولو في العدة ، قال مالك فيمن طلق امرأته واحدة أعطته مالا في العدة على أنه لا رجعة له عليها : فيلزمه طلقة ثانية بائنة .

قوله : (أي يباح) أي : فالخلع جائز مستوى الطرفين .

قوله : (إذا كانت بالغة رشيدة) أي : وأما لو كانت صغيرة ، أو سفيهة ، أو رقا فلا يباح ، والظاهر الكراهة في الصغيرة ، والحرمة فيما بعدها وحرر ، أي : ولا يصح .

وحاصله : أن المرأة إذا كانت صغيرة ، أو سفيهة مولى عليها أم لا ، ومن فيها بعض رق إذا خالعت واحدة منهن زوجها على عوض دفعته إليه ، فإن ذلك العوض لا يلزمها ، ويقع الطلاق بائنا ، ويرد العوض في الأحوال المذكورة إن كان قبضه ، وسقط عن الزوجة إن لم يقبضه . ولا تتبع الأمة إن عتقت . وهذا إذا كانت خالعته بغير إذن السيد ، وكان ينتزع مالها .

أما غيرها كالمدبرة ، وأم الولد ، في مرض السيد إذا خالعها وقف المال . فإن مات السيد صح الخلع ، وإن صح بطل ورد المال .

(بـ)ـجميع (صَدَاقِهَا أَوْ) بـ(ـأَقَلَّ أَوْ) بـ(ـأَكْثَرَ) منه وإباحته مقيدة بما (إِذَا لَمْ يَكُنْ) ذلك (عَنْ ضَرَرٍ بِهَا) مثل أن ينقصها من النفقة ، أو يكلفها شغلا لا يلزمها (فَإِنْ كَانَ) الافتداء إنما هو (عَنْ ضَرَرٍ بِهَا رَجَعَتْ) عليه (بِمَا أَعْطَتْهُ وَلَزِمَهُ الْخُلْعُ) ويكفى فى ثبوت

وأما المكاتبة إذا خالعت بكثير فيرد إن اطلع عليها قبل الأداء ولو بإذن السيد ، لأنه يؤدى لعجزها وإن كان يسيرا بغير إذن السيد ، فإنه يوقف فإن عجزت بطل ، وإن أذن صح ، ويجوز الخلع من المجبر عن المجبرة ولو بغير إذنها بجميع مهرها ، كان المجبر أبا ، أو وصيا . وفى خلع الأب عن ابنته البالغ الثيب السفيهة من مالها بغير إذنها خلاف : هل يجوز له ذلك أو لا ؟ .

قوله : (إذا كان بالغا رشيدا) وأما إذا كان صبيا ، أو مجنونا ، فلا يباح لها ذلك ، هذا معناه . والظاهر الحرمة ، وجعله خليل شرطا فى إيجاب العوض على ملتزمه ، حيث قال : وموجبة زوج مكلف ، أى : وموجب العوض على ملتزمه من زوجة أو غيرها صدور الطلاق من زوج مكلف ، أو ولى صغير - أبا أو سيدا - أو غيرهما - أى : فلا يجب العوض بطلاق - من ذكر ، وإنما يوجبه صدور الطلاق من زوج ولو سكرانا ، أو نائبه ، أو ولى صغير - كان الولى أبا ، أو سيدا ، أو وصيا ، أو سلطانا ، أو مقام سلطان - على وجه النظر فى الجميع ، ويلزم الصغير الطلقة البائنة .

وأما قول الشارح : (رشيدا) فليس بظاهر ، إذ صدور الطلاق من السفيه موجب للصداق ، لأنه إذا كان يطلق بغير عوض فيه أولى ، وكمل له خلع المثل إن خالع بدونه ، ولا يبرأ المختلع بتسليم المال للسفيه بل لوليه ، لكن قال ابن عرفة رادا عليه : ظاهر كلام الموثقين براءة المختلع بدفع الخلع للسفيه دون وليه ، لأنه عوض عن غير متمول فصار كالهبة ، ومثله العبد البالغ .

وملخصه : أنه لا يجوز لولى السفيه أن يخالع عنه ، كان الولى أبا أو غيره ، بل هو الذى يتولى ذلك بنفسه ، وكذا سيد العبد البالغ ، لا يجوز له أن يطلق عنه ، لأن الطلاق بيد العبد ، لا بيد السيد .

قوله : (رجعت عليه) لأنه غير مستحق له .

قوله (ويكفى فى ثبوت الضرر) أى : الضرر المعهود الذى لها التطليق به ، أى : كأن

الضرر لفيف الناس ، والجيران حتى النساء (وَالْخُلْعُ طَلْقَةٌ) بائنة (لَا رَجْعَةَ فِيهَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ) بولى وصداق وشاهدي عدل (بِرِضَاها) إن كانت غير مجبرة على النكاح ، أما المجبرة فإنما يراعى رضا الولى (و) الأمة (الْمُعْتَقَةُ) أى : التى عتقت وهى (تَحْتَ الْعَبْدِ) أى : فى عصمته قِنًّا كان ، أو فيه بقية رق ، يخال

ينقصها حقها فى النفقة ، أو يكلفها شغلا لا يلزمها خدمته ، أو يشتمها ، أو يضربها ضربا مبرحا ، أو لغير أدب احترازا من غيره ، كما إذا أدبها على ترك الصلاة ، والصوم ، والغسل من الجنابة .

قوله : (لفيف الناس) أى : ممن له به ارتباط ، كجيرة أو قرابة ؛ واللفيف الجماعة المجتمعون من فرق ، ومن لازم ذلك عدم الوقوف على عدالتهم ، فلا تكون عدالتهم ثابتة ، فأطلق اللفظ وأراد به لازمه من نحو الخدم .

وقوله : (والجيران) من عطف الخاص على العام ، إذ المراد جيران من اللفيف ، بدليل التعبير بيكفى . وهذا إشارة إلى بيِّنة السماع .

وحاصل ما فيها أن المرأة إذا ادعت بعد المخالعة أنها ما خالعت إلا عن ضرورة ، وأقامت بينة السماع بذلك ، فإن الزوج يرد ما خالعها به وبانت منه ، ولا يشترط فى هذه البينة السماع من الثقات وغيرهم ، بل لو ذكرت أنها سمعت ممن لا تقبل شهادتهم كالخدم ونحوهم عمل على شهادتها ، وكذا بالأولى لو استندت للثقات فقط إذا كانوا ممن لهم به نوع ارتباط كجيرة .

وحاصل ما هنا أن السماع هنا كالقطع ، فلا يحتاج إلى يمين مع شاهد وامرأتين ، ويحتاج إليها مع أحدهما ، فهى هنا بخلاف السماع من غيرها من أنه لابد فى السماع من يمين المدعى . إذا انتقش فى ذهنك هذا ، فقول الشارح : لفيف الناس ، أى : الذى سمعت منه البينة ، لا أنه نفس البينة ، كما يتبادر من عبارة الشارح .

قوله : (إلا بنكاح جديد) لا فرق بين أن يعقد عليها فى العدة ، أو بعد العدة .

قوله : (أما المجبرة) أى : كالسيد فى أمته ، والصغيرة على ما تقدم .

قوله : (والأمة المعتقة) سيأتى الشارح بقول : أن يكون عتقها كاملا فى مرة أو مرات ، بأن أعتق السيد جميعها إن كانت كاملة الرق ، أو باقيها إن كانت مبعضة ، أو عتقت بأداء كتابتها ، أو كانت مدبرة ، أو أم ولد ، فعتقت من ثلث السيد ، أو رأس ماله .

قوله : (يخال الخ) أى : حتى تختار بغير حاكم ، وهى بالغة ، رشيدة ، أو سفيهة ،

بينهما ويثبت (لَهَا الْخِيَارُ) بين (أَنْ تُقِيمَ مَعَهُ أَوْ تُفَارِقَهُ) لما فى الموطأ : قالت عائشة رضى الله عنها : (كَانَ فِي بُرَيْرَةَ ثَلَاثُ سُنَنٍ : فَكَانَتْ إِحْدَى السُّنَنِ الثَّلَاثِ أَنَّهَا أُعْتِقَتْ فَخُيِّرَتْ فِي زَوْجِهَا) [١] وفى مسلم : (كَانَ زَوْجُهَا عَبْداً فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ) [١] فإن اختارت نفسها ، فهو طلاق لا فسخ ، وهل بطلقة بائنة أو بطلقتين ؟ روايتان حكاهما فى المختصر من غير ترجيح ، وعلى الأُولى أكثر الرواة ،

وبادرت لاختيار نفسها ، فإن لم تبادر لاختيار نفسها ، أو كانت صغيرة ، فإنما ينظر لها الحاكم بالمصلحة ، فإذا رأى المصلحة فى الطلاق ، فيأمره بالطلاق ، وإلا فهل يطلق أو يأمرها به ثم يحكم ؟ قولان . وأمره به للصغيرة ممكن إن ميزت ، وإلا أوقعه لها ؛ وإنما كان لها الخيار لأن العبد غير كفء لها .

قوله : (كان فى بريرة ثلاث سنن) قالت عائشة : (كَانَ فِي بُرَيْرَةَ ثَلَاثُ سُنَنٍ ، وفى رواية قالت : كَانَ فِي بُرَيْرَةَ ثَلَاثُ قَضِيَاتٍ : أَرَادَ أَهْلُهَا أَنْ يَبِيعُوهَا وَيَشْتَرِطُوا وَلَاءَهَا فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِي ﷺ فَقَالَ اِشْتَرِيهَا وَأَعْتِقِيهَا ، فَإِنَّ الْوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَق ، قَالَتْ وَعُتِقَتْ فَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا . قَالَتْ : وَكَانَ النَّاسُ يَتَصَدَّقُونَ عَلَيْهَا وَتَهْدِى لَنَا فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ صلى الله تعالى عليه وعلى آله وسلم فَقَالَ : هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، وَهُوَ لَكُمْ هَدِيَّةٌ فَكُلُوهُ ؛ وَفى رواية : أُهْدِىَ لَهَا لَحْمٌ فَدَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَالْبُرْمَةُ عَلَى النَّارِ فَدَعَا بِطَعَامٍ فَأُتِيَ بخُبْزٍ وَأُدْمٍ مِنْ الْبَيْتِ فَقَالَ : أَلَمْ أَرَ بُرْمَةً عَلَى النَّارِ وَفِيهَا لَحْمٌ ؟ قَالُوا : بَلَى يَارَسُولَ اللهِ ذَلِكِ لَحْمٌ تُصُدِّقَ بِهِ عَلَى بُرَيْرَةَ فَكَرِهْنَا أَنْ نُطْعِمَكَ مِنْهُ ، فَقَالَ : هُوَ عَلَيْهَا صَدَقَةٌ ، وَهُوَ مِنْهَا لَنَا هَدِيَّةٌ) .

قال شارح الحديث فى قوله ثلاث سنن : أى : أحكام ، نص عليها النبى ﷺ ، وبيّن أن ذلك عام للمسلمين إلى يوم القيامة لا خاص بها ، وقد تبينت مما ذكرناه .

قوله : (وهل بطلقة) أى : وهل الفراق بطلقة ؟ أو الباء زائدة ، ولو قال : وهل هو طلقة أو طلقتان ؟ لكان أوضح .

قوله : (وعلى الأُولى أكثر الرواة) وهى الراجحة ، وإنما كانت بائنة لأنها لو كانت رجعية لما أفاد الخيار شيئا .

---

(١) الموطأ ٥٦٢/٢ – مسند أحمد : ٣٣/٦ ، ٤٢ وغيرها . وبهذا اللفظ عند البخارى فى باب الحرة تحت العبد : ٧٦٣/٢ طبع الهند . وعند مسلم : باب الولاء لمن أعتق ٤٩٤/١ الطبعة الهندية .

وعليها لو عتق زوجها وهى فى العدة لا رجعة له عليها ، لأن الطلقة بائنة .

ولثبوت الخيار لها شروط : أن يكون عتقها كاملا ناجزا ، وأن تكون طاهرة ، وألا تمكنه من نفسها طائعة بعد علمها بالعتق ؛ واحترز بقوله : تحت العبد ، مما إذا عتقت تحت الحر ، فإنه لا خيار لها عندنا ، وعند أبى حنيفة لها الخيار (وَمَن ٱشْتَرَى زَوْجَتَهُ) كلها أو بعضها (ٱنْفَسَخَ نِكَاحُهُ) فإن ملكها قبل الدخول فلا صداق لها ، وإن كان بعد الدخول فهو كمالها ، ويطأها بالملك قبل الاستبراء عند ابن القاسم ، وقال أشهب : لابد من استبرائها – ومثل ما إذا اشتراها : ما إذا ملكها

تنبيه : ما قلناه من لزوم طلقة بائنة ، لا فرق فيه بين أن تكون بيَّنتها أو أبهمتها ، بأن قالت : اخترت نفسى .

(قوله ناجزا) احترازا من المعتقة لأجل ، والمدبرة ، والمكاتبة .

قوله : (وأن تكون طاهرة) فلو اختارت وهى حائض ، جبرت على الرجعة حتى تطهر ، ذكره فى التحقيق .

قوله : (وألا تمكنه من نفسها طائعة) أى : تمكنه من الوطء ، أو من مقدماته ولو لم يفعل ، ويدخل فيه ما إذا تلذذت بالزوج ولو جهلت الحكم ، بأن قالت : كنت أجهل أن التمكين يسقط خيارى ، ولا تعذر بالجهل ، أما إن جهلت العتق ومكنت من نفسها ، فإن ذلك لا يسقط خيارها لعذرها ، وكذا يسقط خيارها بقولها : أسقط خيارى . وينبغى أن يعاقب الزوج إن وطئها عالما بالعتق والحكم .

تنبيه : إذا اختارت فراقه قبل البناء فلا شئ لها ، لأن الفراق جاء من قبلها ، ولو اختارت المقام معه لم يسقط ، لأنه مال من أموالها .

قوله : (انفسخ نكاحه) أى : لتعارض الحقوق .

قوله : (ويطأها بالملك) عند ابن القاسم وهو الراجح ، بناء على أنها تصير بالحمل الذى ابتاعها به أم ولد ، وأشهب لا يجعلها بهذا الحمل أم ولد ، فيحتاج لاستبراء يتيمز به الحمل الذى تصير به أم ولد ، والحمل الذى لا تصير به أم ولد ، وقد حكى القولين زروق على الإرشاد .

بهبة ، أو صدقة ، أو ميراث ، أو ملكته هى بشراء ، أو غيره (وَطَلَاقُ الْعَبْدِ) القن ، ومن فيه شائبة رق ، سواء كانت زوجته حرة أو أمة (طَلْقَتَانِ) فلو عتق ، ولم يوقع طلاقا فى حال رقه فالثلاث ، ولو أوقع نصفه فى حال الرق فطلقتان (وَعِدَّةُ الْأَمَةِ) القنة ، ومن فيها شائبة رق ، سواء كان زوجها حرا أو عبدا (حَيْضَتَانِ) صوابه طهران ليوافق ما تقدم ، وما يأتى أن العدة بالطهر لا بالحيض ؛ وإنما كان كذلك لأن الطلاق معتبر بالرجال دون النساء ، والعدة معتبرة بالنساء دون الرجال (وَكَفَّارَةُ الْعَبْدِ كَالحُرِّ) ظاهر التشبيه أن ما يكفر به الحر يكفر به العبد ، وليس كذلك إذ العتق لا يكفر به ولو أذن له سيده كما قدمنا (بِخِلَافِ مَعَانِي الحُدُودِ والطَّلَاقِ) لفظ معانى زائد ، أي : بخلاف الحدود والطلاق ، فإنها تشطر عليه .

قوله : (أو ملكته) لكن لا يطؤها لا بالملك ولا بالنكاح .

قوله : (وطلاق العبد طلقتان الخ) وإنما كان طلقتين ، لأن الطلاق لا يتبعض .

قوله : (فطلقتان) ظاهره فالباق طلقتان ، وليس كذلك إذ العبد إذا طلق واحدة ثم عتق فيبقى له طلقة واحدة ، لا طلقتان .

تنبيه : العبرة بالولاية حين النفوذ لا حال التعليق ، ومن فروع ذلك : لو قال العبد ولو ذا شائبة : إن دخلت الدار فأنت طالق طلقتين ، ثم إنه أعتق ، ثم دخلت الدار ، فيقع عليه طلقتان ، وتبقى معه بواحدة .

قوله : (صوابه طهران الخ) وأجيب : بأن الحيضتين لما كانتا يتضمنان الطهرين عبر بذلك عنهما .

قوله : (وإنما كان كذلك) أى : طلاق العبد طلقتان مطلقا ، كانت الزوجة حرة أو أمة ، وعدة الأمة حيضتان مطلقا ، كان الزوج حرا أو عبدا .

قوله : (ظاهر التشبيه الخ) الجواب : أن مراد المصنف أن ما يكفر به العبد هو كالحر فيه ، أى : فلا يتنصف لا أن كل ما يكفر به الحر يكفر به العبد .

قوله : (لفظ معانى زائد) ويجاب : بأن الإضافة للبيان ؛ وفرقوا بين الكفارة ، والحدود ، والطلاق ، بأن الكفارة لم تعتبر فيها الفضيلة وتأكيد الحرمة ، كما اعتبر فى الحدود والطلاق .

قوله : (أى بخلاف الحدود) فيحد فى الزنا ، والقذف ، والشرب ، نصف الحر .

ثم انتقل يتكلم على الرضاع المترجم له فقال : (وَكُلُّ ما وَصَلَ إِلَى جَوْفِ الرَّضِيعِ فِي الْحَوْلَيْنِ مِنَ اللَّبَنِ فإِنَّهُ يُحَرِّمُ وَإِنْ مَصَّةً) وفى نسخة : ولو مصة بالنصب خبر لِكان المقدرة على النسختين التقدير : وإن كان الواصل من اللبن مصة (وَاحِدَةً) عملا بمطلق قوله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُم ٱللَّاتِى أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ مِنَ ٱلرَّضَاعَةِ ﴾ [النساء : ٢٣] من غير تحديد ولا تفصيل ، والأصل فيما ذكر هذه الآية ، وقوله ﷺ فى الصحيحين : (يَحْرُمُ مِنَ ٱلرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ

قوله : (وكل ما وصل) ولو مع الشك .

قوله : (إلى جوف الرضيع) ظاهره أن ما وصل لحلقه ورد لم يحرم ، وهو كذلك . وما وقع فى كلام ابن بشير مما يخالف ذلك لا يعول عليه ، قاله **عج** .

قوله : (التقدير الخ) هذا على نسخة إن ، أو ولو كان الواصل أى : على نسخة لو .

قوله : (من اللبن) ولو خلط بغير غالب عليه ، فإن غلب على اللبن حتى لم يبق له طعم - كما صور به الناصر - فلا يحرم بطل حصول الغذاء به أم لا ، فإذا خلط لبن امرأة بلبن أخرى صار ابنا لهما - تساويا أو غلب أحدهما الآخر - وفروع اللبن كالجبن والسمن كَهُو ، كان لبن حية أو ميتة . وقوله تعالى : ﴿ أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ جرى على الغالب ، ولابد من كون ذات اللبن آدمية لا بهيمة كجنية ، فلو ارتضع صبيان على بهيمة أو جنية ، فلا يحرم أحدهما على الآخر ، ولا فرق فى المرأة بين أن تكون بكرا ، أو ثيبا صغيرة أو كبيرة ، تلد أم لا ، ولا تحريم بالماء الأصفر ، أو الأحمر .

قوله : (مصة) أى ذا مصة .

قوله : (واحدة) تأكيد .

قوله : (عملا بمطلق) أى : فإنه صادق ولو بمرة واحدة .

قوله : (من غير تحديد) أى : لا بعشر رضعات ، ولا بخمس رضعات .

وقوله : (ولا تفصيل) بمعنى ما قبله .

قوله : (فيما ذكر) أي : فى كونه من الرضاع يحرم بقطع النظر عن كونه كثيرا أو قليلا .

قوله : (يحرم من الرضاع) أى : من أجل الرضاع ما يحرم من أجل النسب ، أى :

ٱلنَّسَبِ) [١] والإجماع حكاه ع ؛ واستثنوا من عموم الحديث ست مسائل تأتى فى آخر الباب .

ويشترط فى تحريم الرضاع شروط منها ما أشار إليه بقوله : (فِي ٱلْحَوْلَيْنِ) احترازا مما لو وصل إلى جوفه بعد الحولين بكثير ، وإليه أشار بقوله : (وَلَا يُحَرِّمُ مَا أُرْضِعَ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ إِلَّا مَا قَرُبَ مِنْهُمَا) لقوله تعالى : ﴿ وَٱلْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ [البقرة : ٢٣٣] وقوله تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْراً ﴾ [الأحقاف : ١٥] فأخبر عن أقل مدة الحمل وكمال مدة الرضاع ، ثم فسر القرب بقوله : (كَالشَّهْرِ وَنَحْوِهِ وَقِيلَ وَالشَّهْرَيْنِ) والأول : رواية ابن عبد الحكم

الذوات والأعيان التى حرمها النسب ؛ وفى العبارة حذف مضاف ، أي : مثل ما يحرم الخ .

قوله : (حكاه) أى : حكى الإجماع .

قوله : (من عموم الحديث) أى : من عموم ما الواقعة فى الحديث .

قوله : (ست مسائل) الأولى أن يقول : ست نسوة .

قوله : (احترازا مما لو وصل الخ) لا يخفى أن هذا ليس محترزا فى الحولين فقط بل محترز الحولين ، وما قرب منهما .

قوله : (ما أرضع) أى : اللبن الذى أرضع ، ولا يخفى أن مفاد هذا وقوله بعدُ : ما أرضع الخ ، أن اللبن يقع مفعولا لأرضع يتعدى إليه بنفسه ، فيحذف فاعله ويقوم هذا المفعول مقامه ، ويخالفه ما فى المصباح حيث قال : أرضعت المرأة ولدها .

قوله : (لقوله تعالى الخ) ليس فيه دلالة على المدعى .

قوله : (عن أقل مدة الحمل) : أى : إن أقل مدة الحمل ستة أشهر ، وكمال مدة الرضاع سنتان .

قوله : (ونحوه الخ) المراد به ما كان أقل من النصف ، كما قاله الجزولى .

قوله : (وقيل والشهرين) أي : بدل قوله ونحوه ، أى : فتكون الزيادة ثلاثة أشهر ، وهو قول فى المذهب ، ومذهبُ المدونة الزيادة شهران فقط الذى هو رواية ابن القاسم .

---

(١) انظر ص ٢٤٣ .

والثانى : رواية ابن القاسم . وهذا أحد المواضع الثلاثة التى ضعف فيها قول ابن القاسم ، والآخران أحدهما قوله فى التيمم : وقد قيل يتيمم لكل صلاة ، والآخر قوله فى الأقضية : وقد قيل يقضى بذلك فى الجراح (وَلَوْ فُصِلَ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ فِصالاً ٱسْتَغْنَى فِيهِ عَنِ اللَّبَنِ بِالطَّعَامِ وَالشَّرَابِ لَمْ يُحَرِّمْ) الرضيع (ما أُرْضِعَ بَعْدَ ذَلِكَ) لما فى الترمذى ، والنسائى أنه صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لَا يَحْرُمُ مِنَ ٱلرَّضَاعَةِ إِلَّا مَا فَتَقَ ٱلْأَمْعَاءَ وَكَانَ قَبْلَ ٱلفِطَامِ ، وَمَنِ ٱسْتَغْنَى بِالطَّعَامِ عَنِ اللَّبَانِ فَقَدْ فُتِقَتْ أَمْعَاؤُهُ » [١] وفى حديث آخر : « إِنَّمَا ٱلرَّضَاعَةُ مِنَ ٱلْمَجَاعَةِ » [٢] « وَيُحَرِّمُ

قوله : (التى ضعف فيها قول ابن القاسم) أى : مع أن كلامه فيها هو المعتمد .

قوله : (استغنى فيه) أى يستغنى بالطعام والشراب عن اللبن بحيث لا يغنيه اللبن لو عاد إليه عنهما ؛ هذا هو المراد ، لا أنه إذا عاد إليه اللبن يأباه ، فإنه لا يشترط أفاده عج .

قوله : (لا يحرم من الرضاعة) أى الرضاع .

قوله : (إلا ما فتق الأمعاء) أى : الإرضاع فتق الأمعاء باعتبار أثره ، وهو اللبن ، جمع مَعِىّ ، كعنب وأعناب ، أى : المصارين والفتق : النقض ، أى زوال انطباقها ، وهو كناية عن تمكن اللبن منها بحيث يكون صلاح الولد به .

وقوله : (وكان قبل الفطام) عطف لازم .

قوله : (اللبان) أى اللبن .

قوله : (فتقت أمعاؤه) أي بالطعام ، أى : تمكن الطعام منها بحيث صار صلاحها به لا باللبان .

قوله : (إنما الرضاعة من المجاعة الخ) قال فى النهاية : المجاعة مفعلة من الجوع يعنى أن الذى يحرم من الرضاعة إنما هو الذى يرضع من جوعه وهو الطفل ، يعنى أن الكبير إذا رضع على امرأة لا يحرم عليها بذلك الرضاع ، لأنه لم يرضعهما من الجوع .

قوله : (ويحرم) أى : الرضاع كما فى التحقيق ، أى : يحرم الرضاع الملتبس بالوجور من

---

(١) ابن ماجه – كتاب النكاح ، باب لا رضاع بعد فصال : ٦٢٦/١ ، وأخرجه الترمذى فى الرضاع وقال : حسن صحيح .

(٢) البخارى في الشهادات ٢٥٤/٥ من حديث أم المؤمنين عائشة رضي الله عنها ، وفى النكاح : ١٤٦/٩ طبعة المكتبة السلفية مع الفتح مسلم فى الرضاع ٣٤/١٠ بشرح النووى .

بالْوَجُورِ » بفتح الواو وهو : ما صب فى وسط الفم وتحت اللسان (وَالسَّعُوطِ) بفتح السين وهو : ما صب فى المنخر ، ظاهر كلامه : أن السعوط يحرم وإن لم يتحقق وصوله للجوف ، وهو كذلك فى كتاب ابن حبيب عن مالك ، وقال ابن القاسم : إن وصل إلى الجوف حرم وإلا فلا (وَمَنْ أَرْضَعَ صَبِيًّا) ذكر الفعل

التباس الشيء بأثره ، أو يحرم اللبن من التباس العام بالخاص .

قوله : (ما صب فى وسط الفم) أى : فهو نفس اللبن المصبوب ، ويفيده المصباح .

وقوله : (وتحت اللسان) فى هذا القيد نظر ، ، كما أفاده **تت** وغيره ، وأسقطه فى تحقيق المبانى .

قوله : (بفتح السين) أي : فهو بفتح السين اسم لنفس اللبن ، وأما بضم السين فهو مصدر ، كما أفاده فى المصباح ، وفى البساطى أن كلا من الوجور والسعوط اسم لنفس الوصول ، وظاهر تقريره أنه لا فرق بين أن يكون بآلة وغيرها ؛ وظهر أن الرضاع وصول اللبن لجوف الرضيع على أى وجه ، لا ضم الشفتين على محل خروج اللبن من ثدي لطلب خروجه .

تنبيه : الحقنة إذا حصل بها غذاء بالفعل تحرم ، وإلا فلا . قال **عج** : وانظر إذا حصل من ثقبة تحت المعدة أو فوقها ، واستظهر الشيخ فى شرحه التحريم ، واستظهر **تت** : أن لبن الخنثى المشكل ينشر الحرمة قياسا على من تيقن الطهارة وشك فى الحدث ، ولا يخفى أن مسألة الوجور تفهم من مسألة السعوط بالأَوْلى .

قوله : (إن السعوط يحرم الخ) أى : أن الرضاع بالسعوط يحرم ، واعلم : أن قصر الخلاف على السعوط لأنه الذى وقع فيه ، أشار له بهرام فقد قال : أما الوجور فلا إشكال فى أنه كذلك ينشر الحرمة قليلا كان أو كثيرا ؛ وأما السعوط فمذهب المدونة أنه يحرم إن وصل للجوف ، ولمالك فى كتاب ابن حبيب يحرم مطلقا اهـ .

قوله : (وإن لم يتحقق وصوله للجوف) أى : بأن شك فى وصوله للجوف ، أو تيقن أنه لم يصل للجوف بأن وصل للحلق ورد .

قوله : (وقال ابن القاسم إن وصل للجوف) أى : تحقيقا أو غلبة ظن ، وكذا شكا احتياطا ، وقول ابن القاسم هو المشهور .

قوله : (ذكر الفعل) أى : حيث قال أرضع ولم يقل أرضعت .

مراعاة للفظ كقوله تعالى ﴿ وَمَنْ يَقْنُتْ مِنْكُنَّ ﴾ [الأحزاب : ٣١] (فَبَنَاتُ تِلْكَ الْمَرْأَةِ) المرضعة للصبى (وَبَنَاتُ فَحْلِهَا مَا تَقَدَّمَ أَوْ تَأَخَّرَ إِخْوَةٌ لَهُ) أى : لمن أرضعته كان حقه أن يقول : أخوات له إلا أنه راعى لفظ ما (وَلِأَخِيهِ) أى : أخ الصبى من النسب لا من الرضاع (نِكَاحُ بَنَاتِهَا) أى : بنات التى أرضعته ،

وقوله : (مراعاة للفظ) أى : لفظ مَن كقوله تعالى : ﴿ ومن يقنت ﴾ فلو راعى المعنى لقال ومن تقنت بالتاء .

قوله : (فبنات تلك المرأة) ولو من زوج غير فحلها اليوم ، وكان الأولى للمصنف أن يقول : فأولاد بدل بنات ليشمل الذكور أيضا .

قوله : (وبنات فحلها) أى اليوم الذى حصل الرضاع بلبنه ولو من غير تلك المرأة المرضعة ، ولا يعتبر فى لبن الفحل أن يكون من وطء حلال بل ولو من حرام ، لا يلحق الولد منه بصاحبه ، خلافا لظاهر المختصر .

واعلم أن الرضيع لا يكون أخا لأولاد فحل المرضعة من غيرها إلا إذا كان قد وطىء المرضعة وأنزل قبل الإرضاع حتى يصدق عليه أنه شرب من لبن ذلك الفحل .

قوله : (ولأخيه نكاح الخ) أى : لأن الذى يقدر ولدا للمرضعة خصوص الرضيع وفروعه كَهُوَ ، فتحرم عليه المرضعة ، وأمهاتها ، وبناتها ، وعماتها ، وخالاتها ، كما تحرم على فصوله ، ولا تحرم على أصوله ، ولا على إخوته ، ويستمر كل من رضع ولدا لصاحب اللبن لانقطاعه ولو بعد سنين .

قوله : (لا من الرضاع) أى : فليس المراد به ما كان من الرضاع ، أى : فيكون أولى والفرض أنه لم يرضع تلك المرأة .

تنبيه : يثبت الرضاع برجلين عدلين فشا أم لا ، وكذا برجل وامرأة ، وبامرأتين إن فشا فى هاتين قبل العقد ، كانتا أجنبيتين أو أمهاتهما ، وهل تشترط العدالة مع الفشو أو لا تشترط إلا مع عدم الفشو ؟ تردد ، لا بامرأة ولو فشا ، ولو عدلة .

قوله : (وهي إحدى المسائل) أى : ما ذكر من قوله :وكذلك لأخيه نكاح أمه .

وحاصله : أنها أم أخيك ، أي : أو أختك رضاعا وهى نسبا تحرم عليك ، لأنها إما أمك ، أو زوجة أبيك .

وكذلك لأخيه نكاح أمه من الرضاع ، لا من النسب لأنها زوجة الأب ، وهى إحدى المسائل الستة التى استثناها العلماء من قوله عليه الصلاة والسلام : « يَحْرُمُ مِنَ ٱلرَّضاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ ٱلنَّسَبِ » .

ثانيها : مَن أرضعت ولد ولدك .

ثالثها : جدة ولدك .

رابعها : أخت ولدك .

خامسها : أم عمك وعمتك .

سادسها : أم خالك وخالتك

قوله : (ثانيها من أرضعت ولد ولدك) ذكرا كان أو أنثى ، وأما نسبا فهى إما بنتك أو زوجة ابنك وكلتاهما حرام عليك ؛ وأما هذه وهى الأجنبية المرضعة ولد ولدك لم تحرم عليك .

قوله : (ثالثها جدة ولدك) فهى نسبا إما أمك أو أم زوجتك وكلتاهما حرام عليك ، وهذه الصورة أعنى إرضاع امرأة ولدك فلا تحرم عليك أمها .

وقوله : (ورابعها أخت ولدك) فهي نسبا بنتك أو بنت زوجتك وكلتاهما حرام عليك ، ولو أرضعت امرأة ولدك لم تحرم بنتها التى هى أخت ولدك من الرضاع .

وقوله: (وخامسها أم عمك وعمتك) فهى نسبا إما جدتك لأبيك ، أو حليلة جدك وكلتاهما حرام عليك ، ولو أرضعت امرأة عمك أو عمتك لم تحرم عليك .

وقوله : (سادسها أم خالك وخالتك) فهى نسبا إما جدتك لأمك أو زوجة جدك وكلتاهما حرام عليك ؛ ولو أرضعت امرأة خالك أو خالتك لم تحرم لفقد ذلك منها .

* * *

[بـــاب العدة والنفقة والاستبراء]

(بَابٌ فِي) بيان ثلاثة أشياء (الْعِدَّةِ وَالنَّفَقَةِ وَالْاسْتِبْرَاءِ)
وقد تبرع فى هذا الباب بأشياء يأتى التنبيه عليها إن شاء الله تعالى – وقدم الكلام على الاستبراء على الكلام على النفقة عكس ما فى الترجمة وهو جائز .
أما العدة فهى تربص المرأة زمانا معلوما قدره الشرع علامة على براءة الرحم

(باب فى العدة والنفقة والاستبراء)

الاستبراء مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق .

قوله : (وهو جائز) أى : راجح لأن فيه فصلا واحدا ، أى : فهو لف ونشر مشوش ، بخلاف اللف والنشر المرتب ففيه فصلان .

قوله : (فهى تربص) أى : انتظار ، ثم هذا مشكل مع ما سيأتى من أن العدة نفس الأقراء ونفس الأشهر لا التربص المذكور .

وقوله : (المرأة) احترز به عن امتناع الرجل من نكاح الخامسة حين طلق الرابعة طلقة رجعية ، أو من نكاح الأخت الأخرى عند طلاق الأخت – مثلا – طلقة رجعية ، لا يقال له عدة ؛ وإليه ذهب بعضهم فقال : إنه ليس بعدة لا لغة ولا شرعا ، لأنه لا يمكن من نكاح فى مواطن كثيرة كزمن الإحرام ، أو المرض ، ولا يقال فيه إنه معتد . وبعضهم جعله معتدا فيما ذكرنا من الصورتين المتقدمتين ، فعليه يكون التعريف غير جامع ، إلا أن يقال : إنه تعريف لأحد قسمي العدة .

قوله : (زمانا) أى : نهاية زمن معلوم ، وهذا ظاهر فى العدة إذا كانت أشهرا ، وأما إذا كانت أطهارا فلا يظهر إلا أن يقال لما كانت متضمنة لزمنها فكأنه المنتظر .

قوله : (قدره الشرع) أى : قدر نهايته .

قوله : (علامة على براءة الرحم) فإن قيل : يخرج من الحد عدة الصغيرة التى لا يوطأ مثلها من الوفاة لتيقن براءة رحمها ، وكذا من علم أن الزوج لم يدخل بها ، فالجواب : أن عدة الوفاة إنما شرعت فيمن علم أن الزوج لم يدخل بها احتياطا لبراءة الرحم ، لأنه لو ظهر بها حمل وادعاه الزوج لحق به ، فالعدة واجبة لتيقن براءة الرحم وهذه العلة ظاهرة فيمن يوطأ

مع ضرب من التعبد ، سميت بذلك لاشتمالها على العدد ، وحكمها الوجوب لقوله تعالى : ﴿ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ [البقرة : ٢٣٥] وقوله ﷺ للفريعة : « ٱمْكُثِى فى بَيْتِكِ حَتَّى يَبْلُغَ ٱلْكِتَابُ أَجَلَهُ » [١] والإجماع على ذلك .

مثلها ؛ ولكن لما لم يكن فى قدر سن من يوطأ مثلها حَدٌّ يرجع إليه من الكتاب ، والسنة ، والإجماع ، حمل الباب محملا واحدا ، فوجبت العدة حتى على من كانت فى المهد حسما للباب ، فعلم أن أصل وجوب العدة إنما هو للدلالة على براءة الرحم ، ولا يضر عدم وجود العلة فى بعض الصور فتأمله ؛ قاله الحطاب رحمه الله تعالى .

قوله : (مع ضرب من التعبد) أى : مع نوع من التعبد ، فيه أن المعتمد فى العدة إذا كانت أقراء أن الجميع للاستبراء لا الأول فقط ، والباقى تعبد كما هو القول الضعيف ، فأين التعبد ؟ ويمكن أن التعبد من حيث الاقتصار على هذا العدد المعين ، وكذا التعبد ظاهر فى عدة الوفاة بالنظر لخصوص العشرة الأيام ، فقد ذكروا أن العدة إنما جعلت أربعة أشهر لأن بها ينحرك الحمل ، وزيدت العشرة لأنها قد تنقص الأشهر أو نبطىء حركة الجنين اهـ .

وهذا ظاهر فى الحرة التى عدتها ما ذكر ، وأما الأمة فهو مشكل فيها لما سيأتى من أن عدتها شهران وخمس ليال أو ثلاثة أشهر .

قوله : (سميت) أى سميت العدة بمعنى التربص بلفظ عدة لاشتمالها على العدد ، أى : عدد الأقراء أو الشهور ، أى : لاشتمالها التربص على العدد من اشتمال الشىء على قيده .

قوله : (وحكمها الوجوب) أى : هذا الانتظار واجب على المرأة .

قوله : (حتى يبلغ الكتاب أجله) فيه أن الدلالة إنما هى من قوله : ﴿ وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ ﴾ [البقرة : ٢٣٥] إذ المعنى : لا تقربوا عقدة النكاح بأن تعزموا عليه ، كما ذكره بعض حواشى التفسير ، حتى يبلغ التربص المذكور غايته .

وقوله ﷺ : « ٱمْكُثِى » لا يخفى أن الدلالة إنما هى من الأمر لا من قوله : حتى يبلغ الكتاب ، كما هو قضية كلامه .

---

(١) انظر ص ١٠٨ .

وأنواعها ثلاثة : أقراء ، وشهور ، وحمل .

أما الأقراء ، فهي للمطلقة ذات الحيض - حرة أو أمة - وإلى الأولى أشار بقوله : (وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ الْمطَلَّقَةِ) ذات الحيض (ثَلَاثَةُ قُرُوءٍ) سواء كانت مسلمة

قوله : (وأنواعها ثلاثة) أى : أنواع العدة ، لا يخفى أن أنواع التربص تربصات والأقراء ، والشهور ، والحمل ، ليست تربصات .

قوله : (وحمل) أى : زمن الحمل ، لا أنه نفس الحمل ، ولا وضع الحمل بل الزمن الذى ينقضى بوضع الحمل ، قال خليل : وعدة الحامل فى طلاق أو وفاة وضع حملها . قال بعض شراحه : يعنى أن الحامل تنقضى عدتها بوضع حملها كله .

قوله : (وعدة الحرة) أى : البالغ غير الحامل ، المطلقة بعد خلوة زوجها البالغ غير المجبوب ، خلوة يمكن وطؤها فيها ، خلوة اهتداء أو زيارة ، وإن تصادقا على نفى الوطء فى تلك الخلوة لحق الله ، فإن لم يعلم دخول ولا خلوة أخذ كل واحد منهما بإقراره ، فإن أقرت المرأة بالدخول وجبت العدة عليها ؛ وإن أقر هو بالدخول لزمه تكميل الصداق ، والنفقة ، والكسوة .

وقيدنا الحرة بالبالغة لقوله : ثلاثة قروء ، وبغير الحامل لأن عدتها وضع حملها ، وبالزوج البالغ لأن زوجة الصبى لا عدة عليها فى الطلاق بخلاف الموت ، وبغير المجبوب لأن زوجته لا عدة عليها من طلاقه ؛ وأما الخصى القائم الذكر المقطوع الأنثيين ، فالمشهور أن وطأه يوجب العدة على زوجته إذا طلقها ، وإن كان مجبوب الذكر قائم الخصى فهذا إن كان يولد لمثله فعليها العدة ، ويلزمه الولد ، وإلا فليسأل أهل المعرفة عنه .

قوله : (ثلاثة قروء) ولو كان يأتيها فى كل عشر سنين مرة ، ولو فى مجمع على فساده إن درأ الحد ، وإلا فزنا ، وتمكث فيه قدر عدتها .

وتحل لغير المطلق بأول الحيضة الثالثة إن طلقت فى طهر ، والرابعة إن طلقت فى حيض ، ويندب لها أن لا تتعجل بالعقد بمجرد رؤية الدم حتى يمضى يوم أو بعضه ، وقلنا : يندب ، وإن كان قضية ما ذكر الوجوب ، لأن الأصل استمرار الدم .

ولو مسخ الرجل لزم زوجته العدة عدة طلاق إن مسخ حيوانا ، وعدة وفاة إن مسخ جمادا ، فلو مسخت هى ، وهى رابعة ، تزوج مكانها مطلقا جمادا أو حيوانا .

أو كتابية ، لشمول عموم الآية الجميع ، ولا خلاف فى ذلك .

ثم أشار إلى الثانية بقوله : (وَالْأَمَةُ) أى : وعدة الأمة القن (وَمَنْ فِيهَا بَقِيَّةُ رِقٍّ) كالمكاتبة والمدبرة ذات الحيض (قَرءان) بفتح القاف وضمها سواء (كَانَ الزَّوْجُ فِي جَمِيعِهِنَّ) أى : جميع من ذكر ، وهى : الحرة المسلمة ، والكتابية ، والأمة ، ومن فيها بقية رق (حُرًّا أَوْ عَبْدًا) لما تقدم من أن العدة معتبرة بالنساء ، والطلاق معتبر بالرجال (وَالْأَقْرَاءُ) عندنا (هِيَ الْأَطْهَارُ الَّتِي بَيْنَ الدَّمَيْنِ) وعند أبى حنيفة هى : الحيض .

وأما الشهور فتعتد بها ستة ، أشار إلى اثنين منها بقوله : (فَإِنْ كَانَتْ) أى : المطلقة (مِمَّنْ لَمْ تَحِضْ) لصغر ويوطأ مثلها ، أمن حملها أم لا (أَوْ) كَانت (مِمَّنْ قَدْ يَئِسَتْ مِنَ الْمَحِيضِ) كبنت سبعين سنة فعدَّتها (ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ) اتفاقا (فِي الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ) أو الكتابية (وَ) على المشهور (فِي الْأَمَةِ) وتعتبر

قوله : (أو كتابية) أى : من مسلم أو كتابى ، وأراد مسلم أن يتزوج بها فتدبر .

قوله : (لشمول عموم الآية) أى : لشمول الآية الجميع من حيث عمومها .

قوله : (بفتح القاف) وهو الأفصح ، وهو الذى عليه جمهور اللغة .

قوله : (عندنا) أى لا عند أبى حنيفة فهو المحترز فقط .

قوله : (بين الدمين) الأنسب بلفظ الأقراء الدماء ، لأن الذى بين الدمين قرء واحد ، ولابد من الأقراء ولو تأخر لرضاع أو استحاضة ، وميزت وإلا كانت مرتابة .

قوله : (ويوطأ مثلها) وأما من لا يوطأ مثلها فلا عدة عليها ، ومحل كونها تعتد بالأشهر ما لم تر الحيض فى آخرها ، وإلا انتقلت للأقراء .

قوله : (كبنت سبعين) أى : من أوفت سبعين ، لا من دخلت فى السنة المتممة للسبعين كما أفاده عج .

وحاصل ما فى ذلك : أن من بلغت سبعين عاما تعتد بالأشهر قطعا ، فإذا نزل دم عليها لا عبرة به ، ومن لم تبلغ خمسين دمها حيض قطعا ، ولا تسأل فيه النساء . ومن بلغت خمسين ولم تبلغ سبعين ، ونزل عليها دم يسأل فيه النساء هل هو حيض أو لا ؟

قوله : (وعلى المشهور فى الأمة الخ) انظر هذا مع قول الفاكهانى : ولا خلاف فى

الشهور بالأهلة ، فإذا طلقت فى أثناء الشهر عملت على الأهلة فى الشهر الثانى والثالث ، وكملت الذى طلقت فيه من الشهر الرابع ، ولا تحسب يوم الطلاق .

والثالثة أشار إليها بقوله : (وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ الْمُسْتَحَاضَةِ أَوِ الْأَمَةِ) المستحاضة (فى الطَّلَاقِ سَنَةٌ) تسعة أشهر استبراء ، وثلاثة أشهر عدة ؛ وظاهر كلامه سواء كانت مميزة أو غير مميزة ، وهو كذلك فى الثانية اتفاقا ، وعلى قول فى الأولى .

الحرائر ، والأمة عندنا كالحرة ، واختلف فيها قول الشافعى فقال مرة كفولنا ، وتارة قال شهران ، وتارة قال شهر ؛ وإنما اعتبرت الثلاثة الأشهر لأن الحمل لا يظهر فى أقل منها .

قوله : (الشهور) أى : الثلاثة بالأهلة جمع هلال أى لا بالعدد .

قوله : (عملت على الأهلة) أى : جنس الأهلة المتحقق فى شيئين ، أو أراد بالجمع ما فوق الواحد .

قوله (وكملت الذى طلقت فيه) ولو كان المنكسر ناقصا .

قوله : (ولا تحسب يوم الطلاق) أى : إن طلقت بعد فجره أى لا تعتبره من حيث العدد لا من حيث حكمه معتبر فلا تخطب ولا يعقد عليها .

قوله : (وعدة الحرة المستحاضة) ومثل المستحاضة فى ذلك من تأخر حيضها لمرض ، ومنه الطربة ، أو تأخر بلا سبب فإنهما يتربصان تسعة للاستبراء لزوال الريبة ، وتعتد بثلاثة ، وأما إن تأخر الرضاع فإنها تعتد بالأقراء .

ثم إن المرتابة بتأخير الحيض لمرض ، أو بلا سبب ، إذا حاضت فى السنة تنتظر الحيضة الثانية ، أو تمام السنة من يوم طهرت من الحيض الذى أتاها . والسنة المذكورة كالأولى منها تسعة استبراء وثلاثة عدة ؛ فإن انتهت الحيضة الثانية قبل مضى سنة من طهرها انتظرت الحيضة الثالثة ، أو تمام سنة من يوم طهرها من الثانية ؛ وإذا ميزت المستحاضة دم الحيض قبل تمام سنة ، انتظرت الحيضة الثانية أو تمام سنة من يوم طهرت من الأولى ، فإن مضت سنة من يوم طهرت ولم تميز حلت وإن ميزت انتظرت الثالثة أو تمام سنة من يوم طهرها من الثانية . هذا ما يفيده نقل أبى الحسن فى الكبير ، انظر عج .

قوله : (تسعة أشهر الخ) وهل تعتبر التسعة من يوم الطلاق أومن يوم ارتفعت

والمشهور فيها أنها تعتد بالأقراء الثلاثة لا بالسنة ، وتمييز الدم يكون برائحته أو بلونه وكثرته .

وفصل بين الثلاثة الباقية بالنوع الثالث ومسألة فقال : (وَعِدَّةُ الْحَامِلِ فى وَفَاةٍ) على المشهور (أَوْ طَلَاقٍ) اتفاقا (وَضْعُ حَمْلِهَا) كله إذا كان ثابت النسب

حيضتها ؟ قولان ، أى : فقول المصنف العدة سنة تسمح ، والشابة التى لم تحض فى عمرها ثلاثة أشهر ، أما من حاضت فى عمرها ثم انقطع فلا بد لها من الأقراء ، أو تمام سنة بيضاء .

قوله : (وتمييز الدم يكون برائحته) أى : رائحة دم الحيض الخ لقول المدونة كما نقله زروق على الإرشاد : النساء يزعمن أنهن يعرفنه برائحته ولونه ا هـ .

وقوله : (وكثرته) أى : دم الحيض كثير ، ودم الاستحاضة قليل ذكره غير واحد .

قوله : (بالنوع الثالث) أى : وهو الحمل .

وقوله : (ومسألة) معطوف على قوله النوع الثالث ؛ وتلك المسألة هى المشار إليها بقوله : والمطلقة الخ .

قوله : (وعدة الحامل الخ) ولو تسببت فى إخراجه ، وإن دما اجتمع .

قوله : (فى وفاة على المشهور) انظره مع قول الفاكهانى : ولا خلاف فيه بين الأمة إلا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما : « أَنَّهُ لَابُدَّ فِيهِ مِنْ أَقْصَى ٱلْأَجَلَيْنِ مِنَ ٱلْحَمْلِ وَٱلْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ » (١) .

قوله : (وضع حملها كله) وظاهره ولو أبدا حيث تحقق ، أو غلب على الظن وجوده ببطنها ولو ميتا ، وكذا إذا لم يتحقق وجوده عند جمع ، وصححه ابن العربى ، وعن ابن ناجى : المشهور الاكتفاء بمضى أقصى الحمل فى هذا الفرض ، وكذا قال ابن سلمون عن ابن دحون : أنه لابد من وضعه كله ولو مات ، وتسقط النفقة لأنها للحمل وقد مات . ووقع لبعضهم أن العدة تنقضى بموته .

قوله : (إذا كان ثابت النسب) حقيقة أو حكما ليدخل ولد الملاعنة .

---

(١) الموطأ : ٥٨٩/٢ .

ولو بلحظة (سَوَاءٌ كَانَتْ حُرَّةً أَوْ أَمَةً) مسلمتين (أَوْ) حرة (كِتَابِيَّةً) لقوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٤] وهذه الآية مخصصة لعموم قوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ [البقرة : ٢٣٤] وتقييدنا بكله : لبيان أنها لو وضعت أحد التوأمين لم تحل إلا بوضع الثانى ، وبثابت النسب احترازا من زوجة الصبى ومقطوع الذكر فإن زوجتهما لا تخرج من العدة بوضع الحمل ، لأن الولد لا يلحق

قوله : (ولو بلحظة) أى : ولو وضعته عقب الوفاة أو الطلاق بلحظة .

قوله : (أو حرة كتابية) أى : والزوج مسلم احترازا من الكافر ، فإن زوجته تعتد من وفاته عدة المطلقة إن دخل بها ؛ وملخصه : أنه كالنكاح المجمع على فساده فيه عدة الطلاق إن دخل ، وإلا فلا .

قوله : (وهذه الآية مخصصة) قال البساطى : فإن قلت : قوله تعالى : ﴿ وَأُولَاتُ ٱلْأَحْمَالِ ﴾ أعم من المطلقة والمتوفى عنها ، وقوله تعالى : ﴿ وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ ﴾ الخ أعم من الحامل وغيرها ، فلِم قضى على هذه بتلك ولم يعكس ؟ قلت : وضع الحمل أدل على براءة الرحم من الزمان اهـ ويرد على هذا الحمل المستند لشبهة ، فإنه إذا حصل فى أثناء الأشهر الأربع والعشر لا تنقضى به عدة الوفاة ، وكذا إن كان ابن زنا إلا أن يحمل على ما إذا كان الحمل ملحقا بالزوج ، ولكن التعليل يقضى أنه يجرى فى ذلك وفيما ألحق بغيره أيضا .

قوله : (لم تحل إلا بوضع الثانى) وكذا لو نزل بعض الواحد وبقى بعضه فلا تنقضى عدتها ؛ واستظهر بعضهم : أنه لو مات الحمل بعد خروج بعضه ، وبقى فى بطنها نحو عضو منفصل ، كما لو تقطع الحمل وتأخر ذلك ، أن عدتها تنقضى .

واستظهر : انقضاء العدة ولو بوضع حيوان بهيمى ، فإن طلقت أو مات عنها بعد خروج بعضه حلت بخروج باقيه ولو قل لدلالته على براءة الرحم ، فإن شك هل وقع الطلاق أو الموت قبل خروج بقيته أو بعده ؟ فالظاهر الاستئناف للاحتياط ، وله رجعتها قبل خروج باقيه أو الآخر ، كذا ذكره بعضهم .

قوله : (فإن زوجتهما الخ) أى لا من موت ولا من طلاق بل لابد من ثلاثة أقراء فى الطلاق وتعد نفاسها حيضة ، أى : ولو حاضت زمن الحمل وعليها فى الوفاة أقصى الأجلين ، وهو المتأخر من الوضع أو تمام الأربعة الأشهر وعشر فى الحرة ، أو الشهرين وخمس ليال فى الأمة .

بالزوج ، وتحد بذلك لأنه ولد زنا ، وحكمها فى العدة حكم غير المدخول بها ، وإليه أشار بقوله : (وَالْمُطَلَّقَةُ الَّتى لَمْ يَدْخُلْ بِها) حرة كانت أو أمة مسلمة أو كتابية ، صحيحا كان الزوج أو مريضا (لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا) لقوله تعالى ﴿ يَاأَيُّهَا ٱلَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمْ ٱلمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا ﴾ [الأحزاب : ٤٩] ولا مفهوم لصفة الإيمان هنا بلا خلاف ، لأنه خرج مخرج الغالب ، لأن العدة إنما شرعت فى الطلاق لاختبار حال الرحم .

ثم أشار إلى الرابعة ممن تعتد بالأشهر بقوله : (وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ) غير الحامل سواء كانت مستحاضة أو غير مستحاضة (مِنَ الْوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ كانَتْ) الزوجة (صَغِيرَةً أَوْ كَبِيرَةً دَخَلَ بِهَا) الزوج (أَوْ لَمْ يَدْخُلْ مُسْلِمَةً كَانَتْ أَوْ كِتَابِيَّةً) كان الزوج صغيرا أو كبيرا بنكاح صحيح .

قوله : (وحكمها فى العدة) ظاهر قوله : فى العدة ، إن عليها العدة ، وظاهر قوله : وإليه أشار بقوله : أن لا عدة عليها ، فالصواب حذف هذا .

قوله : (التى لم يدخل بها) أى : المطلق ، أو دخل ولكن لا يمكن وطؤه ، لا عدة عليها إلا أن تقر الزوجة به ، أو يظهر بها حمل ولم ينفه ، فتجب العدة وإنما وجبت فى الموت من غير اعتبار بلوغ زوج وإطاقة زوجة ، لأن فيها ضربا من التعبد .

قوله : (ولا مفهوم لصفة الإيمان هنا) أى : فى قوله : (ٱلْمُؤْمِنَاتِ) والتقييد بالظرف للاحتراز عن صفة الإيمان فى باب الكفارة ، فإنها معتبرة .

وقوله : (لأن العدة) الأولى أن يأتى بالواو فيقول ولأن الخ ، كما هو ظاهر لمن تأمل .

قوله : (سواء كانت مستحاضة) أى : وتميز لما سيأتى .

قوله : (من الوفاة) حقيقة أو حكما كزوجة المفقود كانت فى العصمة ، أو مطلقة طلقة رجعية .

قوله : (صغيرة أو كبيرة) ولو كانت الصغيرة غير مطيقة ، أو الكبيرة لا يولد لمثلها .

قوله : (أو كتابية) أى : حيث كان زوج الكتابية مسلما دخل بها أم لا ، أراد مسلم

والخامسة أشار إليها بقوله : (وَفِي الْأَمَةِ) أى : والعدة من الوفاة في حق الأمة القن (وَمَنْ فِيهَا بَقِيَّةُ رِقٍّ) دخل بها أو لم يدخل ، ولم تكن حاملا (شَهْرَانِ وَخَمْسُ

أخذها أم لا ؛ وأما الذمية تحت دمى فإن مات قبل الدحول لا عدة عليها ، وإن مات بعده وأراد مسلم أن يتزوجها ، أو تحاكموا إلينا فتحل للمسلم بثلاثة أقراء .

قوله : (بنكاح صحيح) أى : أو فاسد مختلف فى فساده ، وأما المتفق على فساده فلا عدة عليها إلا بدخول زوج بالغ وهى مطيقة فتعتد كالمطلقة .

واعلم أن ظاهر المتن : أن المتوفى عنها تحل بانقضاء الأربعة أشهر وعشر مُطْلقا ، وليس كذلك ، وملخصه : أن غير المدخول بها ومأمونة الحمل : إما لصغرها ، أو يأسها ، أو كون الزوج لا يولد له ، أو لم تحض أصلا ، تحل بالمدة المذكورة ، وكذا غير مأمونة الحمل ، ولكن تتم المدة المذكورة قبل مجىء زمن حيضها . وقال النساء : لا ريبة بها ؛ أو لا تتم ولكن أتاها الحيض فيها ، أو تأخر لرضاع كمرض على قول ابن بشير ، وأما إن تأخر لغير علة أو استحيضت ولم تميز ، أو قال النساء : بها ريبة كمرض على الراجح ، فلابد من الحيضة ، أو تمام تسعة أشهر . فإن زالت الريبة عند التسعة حلت ، وإلا انتظرت أقصى أمد الحمل إلا أن تزول الريبة قبل ، والأقصى قيل : أربع ، وقيل : خمس .

قوله : (وفى الأمة) أى : على التفصيل السابق من صحة النكاح وفساده .

قوله : (أى والعدة من الوفاء الخ) إشارة إلى أن فى العبارة حذف المبتدأ لدلالة ما تقدم عليه .

قوله : (شهران وخمس ليال) مع أيامها حيث كانت غير مدخول بها ، أو صغيرة ، أو يائسة ، أو ذات زوج مجبوب ، أو صغير ، أو رأت الحيض فى داخلها ، أو لم يأتها أصلا .

وإما إذا لم تحض فيها ، وعادتها الحيض بعدهما ، فثلاثة أشهر كتأخرها لرضاع أو مرض على ما ذكر هنا . فإن تأخرت لا لشىء مكثت تسعة إلا أن تحيض قبلها ، وكذا إن ارتابت بجس تمكث تسعة إن لم تحض قبلها . فإن حاضت أثناءها حلت ، فإن لم تحض وتمت التسعة حلت إن زالت الريبة ، فإن بقيت انتظرت زوالها ، أو أقصى أمد الحمل ، فإن مضى أقصاه حلت إلا أن يتحقق وجوده ببطنها .

لَيَالٍ) وقوله : (مَا لَمْ تَرْتَبِ ٱلْكَبِيرَةُ ذَاتُ الْحَيْضِ بَتأْخِيرِهِ عَنْ وَقْتِهِ فَتَقْعُدُ حَتَّى تَذْهَبَ الرِّيبَةُ) لا يبعد أن يكون قيدا فى عدة الحرة والأمة فى الوفاة ، وذهاب الريبة يكون بحيضة أو بتمام تسعة أشهر .

ثم أشار إلى السادسة بقوله : (وَأَمَّا) الأمة (الَّتى لَا تَحِيضُ لِصِغَرٍ أَوْ كِبَرٍ وَقَدْ بَنَى بِهَا فَلَا تُنْكَحُ فِي الْوَفَاةِ إِلَّا بَعْدَ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ) ظاهره أمن حملها أم لا ، وهو رواية أشهب ، ورواية ابن القاسم : شهران وخمس ليال ، ابن رشد : هذا

قوله : (ما لم ترتب الكبيرة ذات الحيض بتأخيره عن وقته) المعتاد ، وقد ذكرنا فى مسألتى الحرة والأمة معنى تلك العبارة وهو : أنه إذا تأخر عن وقته المعتاد تنتظر التسعة أو الحيضة ، وقد أفاده الشارح رحمه الله .

قوله : (وذهاب الريبة) أى : الحاصلة بالتأخير لا بالجس .

وقوله : (أو بتمام تسعة أشهر) هكذا قال الشارح ، وأصله للمصنف . زاد ابن عمر عليه ما تم به الفائدة فقال : فإن مضت التسعة حلت إلا أن تحس ببطنها شيئا ، فإنها تبقى أقصى أمد الحمل اهـ .

قال الحطاب : والظاهر أن هذه طرأت لها ريبة البطن فى آخر التسعة أو بعد كمالها ، لأن فرض المسألة إن تأخر حيضها لا لريبة ولا لعذر اهـ .

وقول ابن عمر : تبقى أقصى أمد الحمل إلا أن يتحقق وجوده أو يغلب على الظن وجوده ، فلا تخرج من العدة إلا بوضعه ، أفاده بعض الشيوخ .

قوله : (وهو رواية أشهب) أى : كون الإنكاح فى الوفاة لا يكون إلا بعد ثلاثة أشهر ، رواية أشهب .

قوله : (ابن رشد الخ) غرضه أنه لا خلاف بين الشيخين .

وقوله : (هذا اختلاف فى التوجيه) التوجيه فعل الموجه وليس الاختلاف فيه ، فالأحسن أن لو قال : وهذا اختلاف باعتبار حالين .

وقوله : (شهران) الخ ، أى : الذى هو قول ابن القاسم .

اختلاف فى التوجيه لا خلاف فى الفقه ، شهران وخمس ليال للصغيرة التى يؤمن عليها الحمل ، وثلاثة أشهر لمن يخاف عليها الحمل ، قال ك .

ثم انتقل يتكلم على مسألة مما تبرع بها فى الباب فقال : (وَالإِحْدَادُ) وهو لغة الامتناع ، وشرعا (أَلَّا تَقْرَبَ الْمُعْتَدَّةُ مِنَ الْوَفَاةِ) على جهة الوجوب (شَيْئًا مِنَ الزِّينَةِ) ظاهره : كبيرة كانت أو صغيرة ، حرة ، أو أمة مسلمة ، أو كتابية . والزينة تكون بأشياء أحدها ما أشار إليه بقوله : (بِحُلِيٍّ) – بضم الحاء وكسر اللام

قوله : (يؤمن عليها الخ) أى : بأن غلب على الظن أنها لا تحمل .

وقوله : (وثلاثة أشهر) أى : الذى هو قول أشهب .

قوله : (يخاف عليها الحمل) ولو شكا ، هذا ما ظهر . قال عج . وهذا الخلاف جار فى الآيسة أيضا .

قوله : (والإحداد الخ) قال فى التحقيق : يظهر منه أن الألف واللام للعهد وهو لم يتقدم له ذكر ، **فنقول** : أراد الإحداد المعهود شرعا .

قوله : (أن لا تقرب) بالفتح والضم ، وعرفه ابن عرفة بقوله : ترك ما هو زينة ولو مع غيره ، فيدخل ترك الخاتم فقط للمبتذلة .

قوله : (من الوفاة) حقيقة أو حكما كما فى زوجة المفقود ، ويشمل من تعتد بالأقراء ، وتلك المنكوحة فاسدا مجمعا على فساده .

قوله : (على جهة الوجوب) لكن إن كانت كبيرة فعليها ، وإن كانت صغيرة فعلى وليها .

قوله : (ظاهره كبيرة) وكذا إن ارتابت فعليها الإحداد حتى تنقضى الريبة ، وإن بلغت إلى خمس سنين .

قوله : (أو صغيرة) ولو فى المهد .

قوله : (أو كتابية) يتوفى عنها زوجها المسلم .

قوله : (جمع حلى الخ) ظاهره أن المنهى عنه الجمع مع أن المفرد منهى عنه أيضا ، فالمراد الجنس .

وتشديد الياء جمع حلى – بفتح الحاء وسكون اللام – كالسوار والخلخال ، ذهبا كان أو فضة .

وثانيها : ما أشار إليه بقوله : (أَوْ كُحْلٍ) ظاهره ولو كان لضرورة ، وهو قول ابن عبد الحكم . والذى فى المدونة ، واقتصر عليه صاحب المختصر : ولا تكتحل إلا من ضرورة لا بأس به ، وإن كان فيه طيب ، ودين الله يسر .

وثالثها : إزالة الشعث عن نفسها ، وإليه أشار بقوله : (أَوْ غَيْرِهِ) فلا تدخل الحمام إلا من ضرورة ، ولا تطلى جسدها بالنورة ، ولا بأس أن تستحد ، وتنتف إبطها ، وتقلم أظفارها ، وتحتجم .

(وَتَجْتَنِبُ الصِّبَاغَ كُلَّهُ إِلَّا الْأَسْوَدَ) فإنه لباس الحزن ، إلا أن يكون زينة

قوله : (كالسوار والخلخال) أى : وكالخاتم والقرط .

قوله : (ذهبا كان أو فضة) قضيته : أنه لو كان نحاسا أو حديدا لا يجب عليها تركه ، وليس كذلك ، قال فى الذخيرة : حتى من الحديد ، وأولى الجواهر والياقوت ، كما نص عليه الباجى .

قوله : (ولا تكتحل إلا من ضرورة) فتستعمله ليلا وتمسحه نهارا .

قوله : (فلا بأس به) تأكيد لما فهم من الاستثناء ، وأراد به الإذن فلا ينافى وجوب ذلك إذا كانت ضرورة تقتضى ذلك .

ومفاد قوله : (ودين الله يسر) أن المراد بها مطلق الحاجة .

وقوله : (وإن كان فيه طيب) أى : وقد دعت الضرورة للطيب ، كما أفاده شارح الموطأ .

قوله : (بالنورة) بضم النون .

قوله : (تستحد) تزيل شعر عانتها .

قوله : (وتحتجم الخ) موافق لما قبله من حيث إن فى كل إزالة ما يكره بقاؤه .

قوله : (الصباغ) ظاهره جواز لبس الأبيض ولو كان فيه زينة ، وهو ظاهر المدونة ، وقول ابن القاسم تت .

قوله : (إلا أن يكون زينة قوم) أى : أو تكون ناصعة البياض .

قوم فتجتنبه (وَ) كذلك (تَجْتَنِبُ الطِّيبَ كُلَّهُ) مذكره وهو : ما ظهر لونه وخفيت رائحته كالورد ، ومؤنثه وهو : ما خفى لونه وظهرت رائحته كالمسك ، وإنما منعت من الزينة والطيب لأنهما يدعوان إلى النكاح (وَلَا تَخْتَضِبُ بِحِنَّاءٍ) بالمد ليس إلا أنها من الزينة وقد تكون من الطيب فى بعض البلاد (وَلاَ تَقْرَبُ دُهْنًا مُطَيَّباً) وفى نسخة : ولا دهن مطيب (وَلَا تَمْتَشِطُ بِما يَخْتَمِرُ فِي رَأْسِها) وهو ماله رائحة طيبة) ثم صرح بما قدمنا أنه ظاهر كلامه زيادة إيضاح فقال : (وَعَلَى الْأَمَةِ) الصغيرة والكبيرة (وَالْحُرَّةِ) الصغيرة والكبيرة (الإِحْدَادُ) لما فى أبى داود من قوله ﷺ : « ٱلْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا لَاتَلْبسُ ٱلْمُعَصْفَرَ مِنَ ٱلثِّيَابِ وَلَا ٱلْمُمَشَّقَ وَلَا الحُلْىَ

قوله : (وكذلك تجتنب الطيب) فلا تشمه ، ولا تعمله ، ولا تتجر فيه وإن لم يكن لها صنعة غيره ، إذا كانت تباشر مسه بنفسها ، فإن كانت يباشره لها غيرها بأمرها كخادم لم يمنع .

قوله : (ما ظهر لونه) أى : المقصود الأعظم منه ذلك .

وقوله : (وخفيت رائحته) أى : لم يكن مقصودا أعظم .

وقوله : (ما خفى لونه) أى : أن الغالب إخفاء لونه ، فلا ينافى أنه قد يظهره إنسان .

وقوله : (وظهرت رائحته) أى : أن هذا هو المقصود الأعظم منه ، لا لونه كالورد فإنه يتمتع برؤية لونه .

قوله : (وقد تكون من الطيب) لعله لكونها ذات رائحة طيبة فى بعض البلاد .

قوله : (فى نسخة ولا دهن مطيب) من باب إضافة الموصوف للصفة كصلاة الأولى تت .

قوله : (بما يختمر فى رأسها) يعنى ما تشم رائحته والخمير الطيب قاله ابن العربى .

قوله : (الممشق) بتشديد الشين ، أى : المصبوغ بالمشق على وزن حمل وهو : المغرة أفاده المصباح .

قوله : (ولا الحلى) فى رواية محمد ، ولا تلبس حليا وإن كان حديدا .

وَلَا تَخْتَضِبُ » [1] (وَٱخْتُلِفَ فى) وجوب الإحداد على (الكِتَابِيَّةِ) على قولين ، مشهورهما وجوب الإحداد .

ثم صرح بمفهوم قوله من الوفاة زيادة إيضاح فقال : (وَلَيْسَ عَلَى المُطَلَّقَةِ) طلاقا بائنا أو رجعيا (إِحْدَادٌ) لأنه إنما شرع فى حق الميت احتياطا للأنساب ، لأنه قد مات ولا محامى له عن نسبه ، فجعل الإحداد زاجرا وقائما مقام المحامى عن الميت ، بخلاف المطلِّق الحى فإنه هو المحامى عن نسبه والمحتاط له .

(وَتُجْبَرُ الْحُرَّةُ الكِتَابِيَّةُ عَلَى الْعِدَّةِ مِنَ المُسْلِمِ فِي الْوَفَاةِ) دخل بها أو لم يدخل (وَ) فى (الطَّلَاقِ) إذا دخل بها لحقِّ الزوج ، ولا تجبر إذا لم يدخل بها إذ لا عدة على المطلقة قبل الدخول .

ثم انتقل يتكلم على الاستبراء المترجم له فقال : (وَعِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ وَفَاةِ سَيِّدِها) وهى التى ولدت منه (حَيْضَةٌ) فى كلامه إشكال من جهة أنه أطلق على

قوله : (ولا محامى) أى : مدافع ، وكذا يقال فيما بعد .

قوله : (على العدة من المسلم فى الوفاة) مفهوم المسلم أنه لو كان زوجها كافرا لا يكون الحكم كذلك ، والحكم أنه إن أراد مسلم أن يتزوجها لابد لها من ثلاثة أقراء ، ولو فى الوفاة إن كانت من ذوات الأقراء ، أو ثلاثة أشهر إن كانت صغيرة أو كبيرة ، هذا إذا كان دخل بها ؛ وإن لم يكن دخل بها فلا عدة عليها .

قوله : (فى الوفاة والطلاق) ففى الوفاة أربعة أشهر وعشر ، ولو كانت صغيرة غير مطيقة ، والزوج كذلك . وفى الطلاق ثلاثة أقراء أو أشهر .

قوله : (وهي التى ولدت منه) غير مانع لصِدْقِه بما ليس حر حملها من وطء مالكها ، فالأحسن أن يقول : هى الحر حملها من وطء مالكها عليه جبرا .

قوله : (حيضة) ظاهره سواء كان استبرأها قبل الوفاة ، أى : والعتق أو لا وهو كذلك ، وأما الأمة التى ليست أم ولد فعدتها من وفاة سيدها كذلك ، وأما من عتقه فإن

---

(١) سنن أبى داود : ٢٦١/٢ طبع عبد الحميد ، والنسائى : ٢٠٣/٦ طبع لبنان من حديث أم المؤمنين أم سلمة رضى الله عنها ، وذكره التبريزى فى المشكاة .

الحيضة عدة ، والعدة عندنا إنما هى الأقراء ، **فنقول** : إنما أراد الاستبراء وإنما أطلق عليها اسم العدة لقوة الخلاف الذى فيها .

والاستبراء شرعا الكشف عن حال الرحم ليعلم : هل هى برية من الحمل أو مشغول به ؟ مراعاة لحفظ الأنساب ؛ وهو واجب كوجوب العدة فى الزوجات ، لما صح من قوله عليه الصلاة والسلام : « لَاتُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ حَمْلَهَا وَلَا غَيْرُ ذَاتِ حَمْلٍ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً » [1] .

(وَكَذلكَ) عدة أم الولد حيضة (إِذَا أَعْتَقَهَا) سيدها ، هذا حكم استبراء

استبرأها قبله أو انقضت عدتها أو نحو ذلك ، فلا يجب عليها شىء وإلا وجب عليها حيضة .

قوله : (لقوة الخلاف الذى فيها) ظاهره لقوة الخلاف الذى فى تلك الحيضة بمعنى : أن بعضهم يطلق عليها عدة وليس كذلك ، بل المراد بقوة الخلاف الذى فى أم الولد ، فقد قيل : عليها أربعة أشهر وعشر ، وقيل ثلاث حيض ، والراجح ما ذكره المصنف .

قوله : (والاستبراء شرعا) أى : وأما لغة فهو الاستقصاء والبحث ، والكشف عن الأمر الغامض .

قوله : (ليعلم هل هى الخ) أى : ليعلم جواب هل هى برية ؟ وهذا باعتبار الأغلب فلا ترد الصغيرة التى لا يمكن حملها .

تنبيه : لو كانت متزوجة بالغير عند موت سيدها لم يجب عليها تلك الحيضة .

قوله : (لا توطأ الخ) قال **تت** : وأصله سبايا أوطاس حيث قال النبى ﷺ : « أَلَا لَا تُوَطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تَحِيضَ » [1] وأوطاس – بفتح الهمزة وسكون الواو ، بعدها طاء وسين مهملتان بينهما ألف – واد فى ديار هوازن . وسكت ﷺ عن ذوات الأشهر .

قوله : (وكذلك إذا أعتقها الخ) حال حياته ، وأراد الغير أن يتزوج بها ، ولا مفهوم لأم الولد بل كل أمة أعتقها سيدها لا تتزوج إلا بعد الاستبراء .

---

(١) أبو داود : ٢١٤/٢ . الدارمي : ١٧١/٢ طبع دار إحياء السنة . المستدرك للحاكم : ١٩٥/٢ وقال صحيح على شرط مسلم .

أم الولد إن كانت ممن تحيض (و) أما (إنْ) كانت قد (قَعَدَتْ عَنِ الْحَيْضِ) أى : يئست منه لكبر سنها (فَـ)ـاستبراؤها (ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَٱسْتبراءُ الْأَمَةِ فى ٱنْتقَالِ المِلْكِ حَيْضَةٌ) واحدة مراعاة لحفظ الأنساب سواء (ٱنْتَقَلَ الْمِلْكُ بِبَيعٍ أَوْ هِبَةٍ أَو سَبْيٍ أَوْ غَيْرِ ذَلكَ) كالإرث ، والصدقة .

وهو واجب كوجوب العدة فى الزوجات ، بشروط : .

أحدها : ألا يعلم براءة رحمها بنفسها ، أو بإخبار امرأتين أو امرأة ، احترازا من أن تكون فى حوزته ، وإلى هذا المحترز أشار بقوله : (وَمَنْ هِيَ فِي حِيَازَتِهِ) برهن ، أو وديعة – مثلا – إذا علم أنها (قَدْ حَاضَتْ عِنْدَهُ ثُمَّ إِنَّهُ ٱشْتَرَاها) الأحسن أن لو قال : ثم ملكها ليشمل الشراء وغيره ، (فَـ)ـإنه (لَا ٱسْتِبْرَاءَ عَلَيْها

والحاصل : أن الأمة تأتنف حيضة بعد موت سيدها ، ولو استبرئت ، أو انقضت عدتها أم ولد أو غيرها ، وأما لو أعتقت بعد الاستبراء ، أو انقضت عدتها ، فتستأنف إن كانت أم ولد لا إن كانت غيرها ؛ والفرق بين أم الولد وغيرها شبهُ أم الولد بالحرة .

قوله : (وأما إن كانت قد قعدت) أى أم الولد أعتقها أو مات عنها .

قوله : (فاستبراؤها ثلاثة أشهر) وأما الحامل فاستبراؤها وضع حملها كله .

قوله : (واحدة) تأكيد .

قوله : (مراعاة لحفظ الأنساب) أى غالبا لما سيأتى أن الجارية التى يؤمن حملها تستبرىء .

قوله : (أو سبى) أى : من أرض الحرب .

قوله : (أحدها أن لا يعلم براءة رحمها) أى : فلا يعتمد على إخبارها أنها قد حاضت بل لابد أى : فى حال كونها فى حوزته أن يعلم ذلك بنفسه ، أو بإخبار امرأتين ، أو امرأة ، أى بناء على أنه من باب الخبر لا الشهادة ، وإليه ذهب ابن عمر فقال : إن لم يعلم ذلك إلا من قولها فلا يقبل قولها ، وذهب الأقفهسى إلى أنه يقبل قولها .

تنبيه : إذا غصب الأمة شخص ، وغاب عليها غيبة يمكن شغلها منه ، فإنها إذا

إنْ لَمْ تَكُنْ تَخْرُجُ) خروجا متباعدا بحيث يغاب عليها .

ثانيها : أن تكون ممن يوطأ مثلها ، احترازا ممن لا يوطأ مثلها ، وإليه أشار بقوله : (وَٱسْتِبْرَاءُ الصَّغِيرَةِ فِي الْبَيْعِ) الأحسن أن لو قال : فى انتقال الملك ليشمل الهبة والصدقة ونحوهما (وإنْ كَانَتْ) ممن (تُوطَأُ) ظاهره أمن حملها أم لا (ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ) لأن الحمل لا يتبين فى أقل من ذلك .

ثالثها : ألا تكون حلالا له قبل الملك ، احترازا من أن تكون حلالا له قبل ذلك ، مثل : أن يشترى زوجته ، فإنه لا استبراء عليها .

رابعها : أن تكون حلالا بعد الملك ، احترازا من أن تكون حراما بعده مثل :

رجعت لسيدها فيجب عليه استبراؤها ، كانت من عليّ الرقيق أو وخشه ، ولا تصدق هى ولا هو إذا أنكر أو أنكرت الوطء ، ومثل ذلك : السابى إذا غاب ، ويمكن إدخال ذلك فى قول المصنف بأن يراد بقوله : انتقال الملك ، إنشاء أو تماما .

قوله : (إن لم تكن تخرج خروجا) أى : لاحتمال أن تكون قد حملت من زنا أو اغتصاب ، ولا يعترض على هذا بأمته التى عنده تدخل وتخرج فى قضاء الحوائج ، لأن ذلك يشق فى أمته . ويزاد قيد على ما ذكره المصنف أى : ولم يلج عليها سيدها ، وإلا وجب استبراؤها لسوء الظن ، وكذا من اشترى أمة مملوكة لشخص غائب لا يمكنه الوصول إليها ، أو لشخص مجبوب ، أو صبى ، أو امرأة ، أو محرم ، فلا يجوز له وطؤها إلا بعد استبرائها بحيضة ، وفى غير ذلك مما هو مسطور .

قوله : (بحيث يغاب) تفسير لقوله : متباعدا ، أى : وأما إذا كان لموضع قريب بحيث لا يغاب عليها ، فلا استبراء عليها .

وقوله : (إليه) أى : إلى كونه يوطأ مثلها .

قوله : (الأحسن الخ) فيه إشارة إلى أنه أراد بالبيع الشراء .

قوله : (ظاهره أمن حملها أم لا) أى : وهو كذلك .

قوله : (لأن الحمل لا يتبين الخ) أى : ويتبين فى ثلاثة ، وقضيته : أنه يكتفى فى عدة الحرة بثلاثة أشهر ، فتدبر .

أن يشترى عمته ، فإنه لا استبراء عليها (وَ) كذا الأمة (الْيَائِسَةُ مِنَ المَحِيضِ) استبراؤها فى البيع ونحوه (ثَلاثَةُ أَشْهُرٍ وَ) أما الأمة (الَّتِي لَا تُوطَأُ) لصغر سنها كبنت ست سنين (فَـ)ـإنه (لَا اسْتِبْرَاءَ فِيها وَمَنِ ابْتَاعَ) أمة (حَامِلاً مِنْ غَيْرِهِ أَوْ مَلَكَهَا بغَيْرِ البَيْعِ) كالميراث ، والهبة ، والصدقة (فَلَا يَقْرُبها) بوطء (وَلَا يَتَلَذَّذُ مِنْها) بشىء من مقدمات الوطء كالقبلة (حَتَّى تَضَعَ) الحمل كله ، سواء كان الحمل من زوج ، أو من زنا ، على المعروف من المذهب . فإذا وضعته حل له منها ما عدا الوطء ؛ وأما الوطء فلا يحل إلا بعد خروجها من دم النفاس .

ثم انتقل يتكلم على بقية ما تبرع به فى الباب فقال : (وَالسُّكْنَى) واجبة على الزوج إذا كان يتأتى منه الوطء (لِكُلِّ مُطَلَّقَةٍ مَدْخُولاً بها) يوطأ مثلها - حرة

قوله : (وكذا الأمة اليائسة) أى : والتى تأخرت حيضتها عن عادتها بلا سبب ، أو بسبب رضاع ، أو مرض ، أو استحيضت ولم تميز ، فإنها تمكث ثلاثة أشهر من يوم الشراء ، وينظر لها النساء ولو واحدة ، فإن لم ترتب حلت ، وإن ارتابت بجس بطن فتمكث تسعة أشهر ، فإن زالت الريبة حلت ، وإلا مكثت أقصى أمد الحمل .

قوله : (التى لا توطأ) أى : لا يمكن وطؤها ، ولو وطئت بالفعل .

قوله : (كبنت ست سنين) زاد فى التحقيق أو سبع .

قوله : (على المعروف من المذهب) وقال ابن حبيب : لا يحرم من الحامل من زنا ، والمسبية إلا الوطء .

قوله : (وأما الوطء) وكذا الاستمتاع بما بين السرة والركبة .

تنبيه : المزنى بها ، والمغتصبة وهى حامل من زوجها ، أو سيدها ، فلا يحرم على زوجها ولا على سيدها الاستمتاع بها ولو وطأ ، نعم يكره ، أو خلاف الأَوْلى .

قوله : (والسكنى لكل مطلقة) كان المسكن له ونقد كراءه أم لا ، لأنها محبوسة بسببه ، وكذلك للمحبوسة بسببه فى حياته السكنى ، فتدخل المحبوسة بزناء غير عالمة ، وكمغتصبة ، أو فسخ نكاحه الفاسد بقرابة ، أو رضاع ، أو صهر ، أو لعان ولو لم يطلع على الفاسد ونحوه ، إلا بعد موت من الحبس بسببه .

كانت أو أمة ، مسلمة كانت أو كتابية — كان الطلاق واحدة أو أكثر ، رجعيا أو بائنا ولو خلعا . وتقييدنا الزوج بما إذا كان يتأتى منه الوطء ، احترازا مما إذا لم يتأت منه الوطء ، فإنه لا سكنى لزوجته ، ولا عدة عليها ، سواء كانت العدة بالحيض ، أو بالأشهر ؛ وبمن يوطأ مثلها احترازا ممن لا يوطأ مثلها ، فإنه لا سكنى لها إذ لا عدة عليها فى الطلاق . وتقييده بالمدخول بها احترازا من غيرها (وَلا نَفَقَةَ) للمطلقة (إلَّا لِلَّتِى طُلِّقَتْ) طلاقا (دُونَ الثَّلاثِ) واحدة أو اثنتين (وَلِلْحَامِلِ) التى طلقت سواء (كَانَتْ مُطَلَّقَةً) طلقة (وَاحِدَةً) أو اثنتين (أَوْ ثَلاثاً) وتقييده وجوب النفقة للأولى بما دون الثلاث احترازا مما لو طلقت ثلاثا ، فإنه لا نفقة لها ؛ وقيده أيضا بما إذا كان الطلاق رجعيا ، احترازا من الخلع ؛

قوله : (أو كتابية) فى العبارة حذف ، والتقدير : كانت مسلمة أو كتابية .

قوله : (رجعيا أو بائنا) لكن بالنسبة للبائن يستمر المسكن ، وكذا فى الرجعى على التفصيل الآتى فى المتوفى عنها ، لأنها متوفى عنها بدليل انتقالها أى الرجعية لعدة الوفاة .

قوله : (ولو خلعا) بالغ عليه دفعا لما يتوهم أن لا سكنى لها لما بذلته من المال .

قوله : (احترازا مما إذا لم يتأت الخ) أى كالمجبوب .

قوله : (سواء كانت العدة) أى : إن لو طلبت منها .

قوله : (احترازا ممن لا يوطأ مثلها) ولو وطئت بالفعل .

قوله : (احترازا من غيرها) أى : لأنها لا عدة عليها ، وحينئذ فحاصل المصنف : أن المطلقة إذا كانت تعتد فلها السكنى .

قوله : (ولا نفقة إلا للتى الخ) يريد به الطلاق الرجعى دون البائن ، لأن الرجعية فى حكم الزوجة ، وحيث وجبت النفقة وجبت الكسوة .

قوله : (وللحامل الخ) لكن يشترط فى لزوم نفقة الحامل كون الزوج حرا والزوجة حرة ، لا إن كانا رقيقين ، أو أحدهما ، فلا نفقة لها لأنهما إذا كانا رقيقين : النفقة على السيد لأن الولد رق له ، وكذا إن كان الزوج عبدا وهى حرة لا نفقة عليه ، لأن المال للسيد ، وإنما تكون نفقة ولده من بيت المال . وكذا لو كانت الزوجة أمة والزوج حرا لا نفقة عليه ، لأن الملك للسيد فيجب عليه النفقة إلا أن يعتقه ، فيلزم أباه إرضاعه ونفقته إلا أن

وإليه أشار بقوله : (وَلاَ نَفَقَةَ لِلْمُخْتَلِعَةِ إِلَّا فِي الْحَمْلِ وَلَا نَفَقَةَ لِلْمُلاَعَنَةِ وَإِنْ كَانَتْ حَامِلاً) أما الأولى ، فلقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] وأما الثانية ، فلأن الطلاق بائن مؤبِّد التحريم ، والحمل منفى عن أبيه باللعان ؛ واقتضى كلامه أن لها السكنى وهو المشهور (وَ) كذلك (لَا نَفَقَةَ) ولا كسوة (لِكُلِّ مُعْتَدَّةٍ مِنْ وَفَاةٍ) سواء كانت حاملا أم لا ،

يعدم الأب أو يموت فعلى السيد ، لأن من أعتق صغيرا ليس هناك من ينفق عليه ، يلزم سيده نفقته حتى يقدر على الكسب .

قوله : (للمختلعة) لا مفهوم لها ، بل كل مطلقة طلاقا بائنا لا نفقة لها ما لم تكن حاملا .

قوله : (إلا فى الحمل) أى : اللاحق إلا أن يكون خالعها على إسقاطها فتسقط .

قوله : (ولا نفقة للملاعنة) كان اللعان بنفى الحمل ، أو برؤية الزنا غير ظاهرة الحل ، لأن الطلاق بائن مؤبد التحريم ، والحمل منفى عن أبيه ، فإن استلحقه وجبت عليه ، وترجع عليه بالنفقة قبل الاستلحاق إن كان موسرا فى تلك المدة .

قوله : (فلأن الطلاق بائن) أى : بناء على أن الفرق فيه طلاق لا فسخ .

قوله : (مؤبد التحريم) ذكره لبيان الواقع ، لأن مجرد البينونة يسقط النفقة .

وقوله : (مؤبد) بكسر الباء .

وقوله : (والحمل منفى عن أبيه) أى : فكما لا نفقة لها من حيث البينونة ، كذلك لا نفقة لحملها لنفيه عن أبيه باللعان .

قوله : (واقتضى كلامه) أى : من حيث اقتصاره على نفى النفقة .

قوله : (والحمل منفى عن أبيه) أشعر هذا أنه إذا لاعنها لرؤية الزنا وهى حامل ، فإن لها النفقة .

قوله : (وهو المشهور) وقال القاضى إسماعيل : لا سكنى لها ، وهو اختيار ابن رشد لانقطاع الزوجية وأسبابها .

قوله : (ولا كسوة) وترك ذلك لأن كل ما لا نفقة لها فلا كسوة لها لدخولها فى مفهوم النفقة وجودا وعدما .

صغيرة كانت أو كبيرة ، دخل بها أو لم يدخل ، مسلمة كانت أو كتابية ، لأنه بموت الزوج صار المال للورثة (وَلَها) أى : وللمعتدة من الوفاة (السُّكْنَى إنْ كَانَتْ) مدخولا بها وكانت (اَلدَّارُ لِلْمَيِّتِ أَوْ) كان الميت (قَدْ) اكتراها و (نَقَدَ كِرَاءَها) وقيدنا بمدخول بها ، احترازا من غيرها فإنه لا سكنى لها إلا أن يكون قد أسكنها قبل موته ، واحترز بنقد كراءها ، مما إذا اكتراها ولم ينقد كراءها ، فإنه لا سكنى لها (وَلَا تَخْرُجُ) المعتدة (مِنْ بَيْتِها) خروج نُقْلَةٍ لغير ضرورة سواء كانت معتدة (فِي طَلَاقٍ أَوْ وَفاَةٍ حَتَّى تَتِمَّ الْعِدَّةَ) وقيدنا بخروج نقلة ، احترازا من

قوله : (وكانت الدار للميت الخ) وهى أحق من الورثة والغرماء .

قوله : (إلا أن يكون قد أسكنها قبل موته) أى : لقصد الدخول بها ، وإن صغيرة لا يجامع مثلها ، وأما إذا أسكنها ليحفظها عما يكره فلها السكنى حيث كانت مطيقة ، وإلا فلا .

والحاصل : أن المدخول بها لها السكنى بشرطه من غير قيد ، وأما غيرها فلا سكنى لها إلا أن يكون أسكنها معه فى حياته لقصد الدخول مطلقا ، أو ليحفظها عما يكره حيث كانت مطيقة وإلا فلا .

قوله : (مما إذا اكتراها ولم ينقد كراءها) فلا سكنى لها ، سواء كان الكراء وجيبة ، أو مشاهرة على الراجح ، وقيل لها سكنى إذا كانت وجيبة ، وأما لو كانت مشاهرة فلا سكنى لها . وهذا حيث كانت فى العصمة ، أو مطلقة طلاقا رجعيا ، ، وأما لو كانت مطلقة طلاقا بائنا ، فلها السكنى مطلقا ، وجيبة أو مشاهرة ، نقد كراءه أم لا .

قوله : (ولا تخرج من بيتها) بل ولو نقلها منه قبل الموت أو الطلاق ، واتهم على النقل لوجب عليها الرجوع ، أو كانت بغيره قبل الموت أو الطلاق ، وإن بشرط فى إجارة رضاع ، أو خدمة ، وتفسخ الإجارة إلا أن يرضى أهل الطفل بإرضاعها فى محلها .

قوله : (خروج نقلة) بضم النون الانتقال كما فى القاموس .

قوله : (فى تصرف حوائجها) الإضافة لأدنى ملابسة ، أى : من خروجها لأجل تصرفها فى حوائجها .

قوله : (فإنه جائز) أى : لكن فى الأوقات المأمونة ، وذلك تختلف باختلاف الزمان

خروجها فى تصرف حوائجها ، فإنه جائز لكن لا تبيت إلا فى بيتها ؛ وبغير ضرورة ، احترازا مما إذا كان ثم ضرورة : كخوف سقوط الدار ، أو اللصوص ، فإنه يجوز لها أن تنتقل ، وظاهر كلامه أنها لا تخرج ولو لحجة الإسلام ، وهو كذلك وظاهره أيضا : سواء كانت الدار ملكا له أو لها ، أو لغيرهما (إِلَّا أَنْ يُخْرِجَها رَبُّ الدَّارِ) التى انقضت مدة كرائها (وَلَمْ يَقْبَلْ مِنَ الكِرَاءِ مَا يُشْبِهُ كِرَاءَ الْمِثْلِ) مثل أن تكون بأربعة ويزيد درهمين ، فلو زاد درهما كان مما يشبه ؛ ظاهر هذا أن رب الدار هو

والمكان ، ففى الأمصار وسط النهار ، وفى غيرها طرفى النهار ، فلو خرجت للانتقال لغير ضرورة وجب على الإمام أن يردها قهرا عليها ، ولو بالأدب .

قوله : (لا تخرج ولو لحجة الإسلام) فلو خرجت لها وبلغها موت الزوج أو طلاقها رجعت ، إن كانت قريبة على مسافة يومين أو ثلاثة أو أربعة ، ووجدت ثقة ترجع معه حيث كانت تدرك شيئا من العدة بعد رجوعها ، ما لم تحرم فإن أحرمت فلا ترجع ، لا إن كانت قريبة الوضع بحيث لا تدرك شيئا إن رجعت ، وأما فى حج التطوع أو غيره من القرب كالخروج لرباط ، أو زيارة صالح ، فترجع ولو وصلت بل ولو بعد إقامتها نصف سنة ، وأما لو خرجت للانتقال فبلغها الموت أو الطلاق فى أثناء الطريق ، فلها الخيار فى الاعتداد بأى محل شاءت أقربهما أو أبعدهما .

قوله : (التى انقضت مدة كرائها) أى : أو انقضت العارية المحدودة بالشرط أو العادة .

قوله : (مثل أن تكون الخ) فى العبارة حذف ، والتقدير : ولم يقبل من الكراء ما يشبه كراء المثل ، أى : بل طلب أزيد منه ، مثل أن تكون مكتراة بأربعة – وهى كراء المثل – ويريد زيادة درهمين ، فهذا لا يشبه كراء المثل ، وأما إذا أراد زيادة درهم واحد بحيث يكون خمسة ، فإنها وإن لم تكن كراء المثل إلا أنها تشبه أجرة المثل .

فقوله : (ويزيد درهمين) أى : فيكون الزائد ما كان قدر الثلث إن لو ضم ذلك إلى الأصل .

وقوله : (فلو زاد درهما كان مما يشبه) أى : فيكون ما حصل به الشبه ما كان قدر الخمس .

قوله : (ظاهر هذا الخ) هذا كلام الأقفهسى نسبه له فى التحقيق .

الذى يطلب الزيادة وليس كذلك بل إنما يكون له إخراجها إذا زاد غيره فى المسكن وطالبها بتلك الزيادة فأبت ، وأما إذا رضيت بها فلا مقال له ، فإن لم ترض بها (فَلْتَخْرُجْ وَ) إذا خرجت فإنها (تُقِيمُ بِالْمَوْضِعِ الَّذِى تَنْتَقِلُ إِلَيْهِ) ويصير لها بمنزلة الذى خرجت منه فيلزمها فيه ما كان يلزمها فى الأول (حَتَّى تَنْقَضِيَ الْعِدَّةُ) .

ثم انتقل يتكلم على إرضاع المرأة ولدها فقال : (وَالْمَرْأَةُ تُرْضِعُ) أى : يجب

قوله : (إنما يكون له إخراجها) ظاهر هذا سواء كانت تلك الزيادة مساوية لأجرة المثل ، أو تشبه أجرة المثل ، أو لا تشبه أجرة المثل ، هذا فيما إذا كانت مكتراة بدون أجرة المثل ، وسواء كانت تلك الزيادة تشبه أجرة المثل ، أو تزيد على ما يشبه أجرة المثل فيما لو كانت مكتراة بأجرة المثل ، أو كان الحال كذلك فيما إذا كانت مكتراة بما يشبه أجرة المثل ، وذلك لإمكان أن تكون مكتراة بما يشبه أجرة المثل ويزيد زيادة يكون الكراء مما يشبه أيضا أو يزيد .

والذى ينبغى أن يقال فى الأول من هذه الأقسام : أنه يلزمها ذلك المزيد إذا كان يحصل منه كراء المثل أو ما يشبه ، وأما إن حصل به زيادة على ما ذكر فإن رضى منها بكراء المثل أو ما يشبه لزمها ، وإن لم يرض منها إلا بتلك الزيادة ، فإن رضيت بها فليس له إخراجها ، وإلا فله إخراجها .

ويقال فى الثانى : إنه إذا زاد ما يشبه لزمها ، وإن زاد ما لا يشبه ورضى منها بما يشبه لزمها ، وإن لم يرض فإن رضيت فلا يخرج ، وإن لم ترض له إخراجها . وكذا يقال فى القسم الثالث .

ويمكن أن يقرر المصنف بما إذا كان زاد على ما يشبه ، ويكون المعنى إلا أن يريد إخراجها والحال أنه لم يقبل من الكراء ما يشبه ، ولم ترض بذلك الزائد ، وأما لو قبل منها ما يشبه لزمها ، أو رضيت بالمزيد لم يجز له إخراجها .

قوله : (والمرأة ترضع) أى : يجب عليها أن ترضع ، وإذا لم يكن لها لبان فإنها تستأجر ، وكذا لو كان لها ولا يكفى الطفل ، أو مرضت ، أو انقطع لبنها ، أو حملت لأنه لما كان عليها الإرضاع مجانا ، فعليها خلفه ، فإن لم يكن لها مال فى تلك الحالة ، فمن مال الأب ، فإن لم يكن له مال فمن مال الابن هكذا ظهر لى فى تقرير هذا المحل .

عليها أن ترضع (وَلَدَهَا) إذا كانت (فِي العِصْمَةِ) أى : عصمة أبيه ، أو كانت مطلقة طلاقا رجعيا وهى فى العدة ، وليس لها أجر فى نظير ذلك لأن عرف المسلمين على توالى الأعصار فى سائر الأمصار جار على أن الأمهات يرضعن أولادهن من غير طلب أجرة على ذلك ، ولا حد لأقله على الصحيح ، وآكثره حولان بنص القرآن (إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِثْلُها لَا تُرْضِعُ) لعلو قدرها ، فإنه لا يلزمها إرضاع ولدها إلا أن لا يقبل الصبى غيرها ، فإنه يلزمها إرضاعه كان الأب مليا أو معدما أو يقبل غيرها إلا أن الأب فقير ، أو ميت ، والولد فقير ، وأنث الفعل نظرا للمعنى (وَلِلْمُطَلَّقَةِ) طلاقا بائنا أو رجعيا ، وخرجت من العده (رَضَاعُ) بفتح الراء وكسرها (وَلَدِهَا عَلَى أَبِيهِ وَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ أَجْرَ رَضَاعِهَا إِنْ شَاءَتْ)

قوله : (أو كانت مطلقة طلاقا رجعيا) سيأتى مفهومه .

قوله : (فإنه يلزمها إرضاعه) أى : ولها الأجر من مال الأب ، فإن لم يكن له مال فمن مال الابن ، وإلا فلا شيء لها .

فقول الشارح : (كان الأب مليا) وحينئذ تأخذ الأجرة من مال الأب .

وقوله : (أو معدما) وحينئذ تأخذ من مال الابن ، فإن لم يكن له مال فلا شيء لها .

قوله : (إلا أن الأب فقير الخ) لا يخفى أن قوله : أو ميت معطوف على محذوف تقديره فقير حي أو ميت .

وقوله : (والولد فقير) راجع للطرفين الخ ، وحينئذ فيلزمها أن ترضع وإلا استأجرت ، وقولنا ، الأب فقير حى أو ميت إذ لو كان غنيا حيا ، وأرادت أن ترضع فلها أخذ الأجرة منه ، ولو قال عندى من يرضعه مجانا ، وكذا لو كان غنيا ميتا فقد قال الزرقانى : فإن مات مليا أخذت الأجرة من ماله ، لأنه يقدم ماله على مال الصبى ، فإن مات الأب معدما وللصبى مال فمنه اهـ .

قوله : (وأنث الفعل الخ) أى حيث قال لا ترضع بالتاء كما هو رواية الفاكهانى ، ولو حمل على اللفظ لكانت بالياء المثناة تحت .

قوله : (وللمطلقة رضاع ولدها) أى : بالأجرة .

وإن لم تشأ لم تأخذ ، وهذا التخيير ثابت لها إذا طلبت أجرة المثل ، ويقضى لها حينئذ به إذا قال الزوج : عندى من ترضعه بلا شىء ، أو بأقل من أجرة المثل ، أما إذا طلبت أكثر منها ، فالخيار للزوج بين أن يعطيها ذلك أو يؤاجر غيرها . وأفهم كلامه أن الرضاع حق لها لا عليها وهو الصحيح ، لما رواه أبو داود من قوله ﷺ للمرأة التى طلقها زوجها وأراد أن يأخذ ولدها منها : « أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مِنْهُ مَا لَمْ تَنْكَحِى » [1] .

ثم انتقل يتكلم على آخر ما تبرع به فى هذا الباب وهى الحضانة – بفتح

وقوله : (على أبيه) أى وترجع بها على أبيه .

قوله : (ولها أن تأخذ) ظاهر تقرير شارحنا : أن هذه فى المطلقة المذكورة ، فلا يكون ضرورى الذكر مع قوله : على أبيه ، إلا لكونه تصريحا بالتخيير . وحمله بعض الشراح على شريفة القدر حتى لا يكون تكرارا ، فقال : ولها أى التى لا يلزمها الإرضاع لعلو قدرها أن ترضع ولدها وتأخذ أجرة رضاعها من أبيه إن شاءت ولو كانت فى عصمة أبيه ، ولو لم يقبل غيرها على المذهب ، وعلى حمل هذا على ما فى العصمة اندفع تكرار هذه مع ما قبلها .

والحاصل : أن للأم التى لا يلزمها الإرضاع من شريفة قدر ، أو بائن ، أن ترجع بأجرة المثل من مال الأب ، أو من مال الولد ، إن لم يكن للأب مال .

قوله : (إن الرضاع حق لها لا عليها) اعلم : أنه اختلف فى الرضاع ، هل هو حق للأم أو على الأم ؟ وذكر الفاكهانى : أن الصحيح أنه حق للأم ، واستدل بالحديث ، ويترتب على أنه حق لها أخذ الأجرة ، وعلى أنه حق عليها أنه لا أجرة لها ، وقد علمت مما تقرر فى الفقه : أن لها الأجرة فى مسائل ، ولا أجرة لها فى أخرى ، فإذا كان الحال كذلك فلا ينبغى أن يؤخذ الخلاف على إطلاقه بل يقال : حق عليها فى حال الزوجية إذا لم تكن ذات قدر ، وحق عليها إن لم يقبل غيرها ، وحق عليها إذا عدم الأب .

---

(١) أبو داود : ٢٥١/٢ المستدرك : ٢٠٧/٢ . سنن الدارقطنى : ٤١٨ وأخرجه عبد الرزاق فى مصنفه وصححه الذهبى .

الحاء وكسرها – مأخوذة من الحضن – بكسر الحاء – وهو الجذب ، كأنها تضمه إلى جنبها .

وهى فى الشرع : الكفالة ، والتربية ، والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه .

وهى فرض كفاية لا يحل أن يترك الطفل بغير كفالة فإذا قام به قائم سقط عن الباقين . ولا يتعين إلا على الأب ؛ أو على الأم فى حَولي رضاعه إن لم يكن له

قوله : (بفتح الحاء وكسرها) والأشهر الفتح ولذا قدمه .

قوله : (مأخوذة الخ) لم يرد به الاشتقاق ، لأن الحضن بالكسر ليس مصدرا .

قوله : (وهو الجذب) بالجيم والذال المعجمة فيما وقفت عليه من النسخ ، والصواب الجنب ، ويوضح ذلك قول التنبيه : الحضانة مصدر حضنت الصبى حضانة تحملت مؤنته وتربيته . وعن ابن القطاع : مأخوذة من الحضن – بكسر الحاء – وجمعها أحضان ، وهو الجنب ، كأنها تضمه إلى جنبها وهو ما تحت الإبط إلى الكشح وهو الخصر اهـ .

قوله : (كأنها تضمه إلى جنبها) لا يخفى أن الضم محقق عرفا ، فالتعبير بكأن غير مناسب إلا أن يقال التعبير به نظرا إلى العقل أو أنها للتحقيق .

قوله : (وهى فى الشرع الكفالة الخ) لا يخفى أن ما قاله صاحب التنبيه معنى لغوى للحضانة ، وإذا نظرت وجدت المعنى الشرعى عين المعنى اللغوى ، وتعبيره يؤذن بالمغايرة .

قوله : (والتربية) عطف تفسير وكذا قوله : والقيام بجميع أمور المحضون .

قوله : (وهى فرض كفاية الخ) هذا الذى ذكره الشارح لابن رشد .

قوله : (فإذا قام به) أى : بالكفالة بمعنى القيام .

قوله : (سقط عن الباقين) كما هو شأن فرض الكفاية زاد غيره : فإذا لم يقوموا به فهم عاصون لله ورسوله ﷺ ويعاقبون على فعلهم اهـ .

قوله : (إلا على الأب) أى : وحده كما صرح به فى التحقيق .

قوله : (فى حولى رضاعه) ظاهر فى رجوعه للأم ، وسكت عنه فى جانب الأب . والظاهر لا فرق .

أب ولا مال له ، أو كان له مال ولكن لا يقبل غيرها .

والحضانة تكون فى النساء وفى الرجال ؛ ولها شروط مشتركة ومختصة .

فالمشتركة : العقل ، وألا يكون زَمِنا ، ولا عاجزا ، وأن يكون منزله حرزا

قوله : (ولا مال له) يحتمل عوده على الأب ، ويحتمل عوده على الطفل هذا من جهة اللفظ ، ومقتضى ما بعده ترجيح الثانى أفاده بعض الأشياخ .

قوله : (ولكن لا يقبل غيرها) أى : والفرض أنه لا أب له ، والظاهر أنه حيث كان لا يقبل غيرها يتعين عليها ولو كان له أب ، قال **عج** : ثم إن ما ذكره ابن رشد : من أن الحضانة تتعين على الأب وعلى الأم بشرطها ، لا يتأتى على القول بأنها حق للمحضون ، ولا على القول بأنها حق للحاضن ، إذ على الأول يستوى الجميع فى عدم التعيين ، وعلى الثانى يستوى الجميع أيضا فى الحكم . **قلت** : لعل الخلاف فيمن لم يتعين عليه من الأب والأم بشرطها ؛ ثم إن التفصيل المذكور فى وجوب الحضانة على الأم ، غير التفصيل فى وجوب الرضاع عليها ، وهو يفيد اختلاف الرضاع والحضانة اهـ .

أقول بعد هذا : فهو مشكل مع قوله : والحضانة تكون فى النساء والرجال المبين لما سيأتى من تقديم الأم وتأخير الأب بعد ، وأنها تستمر فى حق الذكر للبلوغ ، وفى حق الأنثى حتى يدخل بها الزوج ، إلا أن يقال : إن قوله : ولا يتعين ، عائد عليها لا بالمعنى المتقدم بل بمعنى الإرضاع .

وقوله : (على الأب) أى : فى صور الإرضاع عليه .

وقوله : (إذا لم يكن له أب) أى : أو كان له أب وهى غير شريفة فتدبر حق التدبر .

قوله : (فالمشتركة العقل) فالمجنون ولو غير مطبق لا حضانة له وكذا من به طيش .

قوله : (ولا عاجزا) عطف تفسير ، والأولى أن يقول بدل هذا والكفاءة بمعنى القدرة على القيام بأمر المحضون ، فالزمِن ، والمسن ، والأعمى ، والأخرس ، والأصم لا حضانة لهم إلا أن يكون عندهم من يحضن .

قوله : (وأن يكون منزله حرزا الخ) أى : إما من ابتداء الحضانة فى مطيقة ، أو من إطاقتها بعد مدة ، فيشترط حرز مكانها حينئذ لا قبله ، ولابد من الأمن على النفس ، والمال ، فلا يخشى سرقة مالها ، ومثل الأنثى الذكر إذا كان يخشى منه الفساد .

بالنسبة إلى الأنثى ، وأن يكون مأمونا فى دينه ، وألا يكون به جذام ولا برص مضران ، وأن يكون رشيدا ، ولا يشترط الإسلام .

والمختصة بالذكر : أن يكون عنده من يحضن الطفل من زوجة أو سرية ، وأن يكون عاصبا لا غيره إلا الأخ للأم .

والمختص بالأنثى : أن تكون خالية من زوج أجنبى من المحضون دخل بها

قوله : (وأن يكون مأمونا فى دينه) لا إن كان شريبا يذهب يشرب ويترك ابنته — مثلا — يدخل عليها الرجال .

قوله : (وألا يكون به جذام ولا برص مضران) وأما الخفيف فلا يمنع ، كما صرح به فى شرح خليل .

وحاصل ذلك : ألا تقوم به العاهات المضرة التى يخشى حدوث مثلها بالولد ولو جربا داميا ، وحكة ، ففى عبارة الشارح قصور ، والفرق أن الجرب يدمى ، والحكة لا تدمى ، ولو كان بالمحضون أيضا إذ قد يحصل بانضمامهما زيادة فى جذام المحضون — مثلا .

قوله : (وأن يكون رشيدا) أى : قام به نوع من الرشد ، وهو : أن يكون حافظا للمال وإن كان غير بالغ ، لأنه كالبالغ فى أن له الحضانة على الراجح ، لأن الصغير قد يكون له حفظ ، ويكون من يحضنه يحضن معه المحضون الصغير ، ويشترط عدم القسوة ؛ فمن علم منه قلة الحنان والشفقة إما لطبعه ، أو لعداوة بينه وبين أبوى المحضون ، قدم عليه غيره .

قوله : (ولا يشترط الإسلام) ولو انتقلت الحضانة من مسلمة إلا أنها تمنع أن تغذى الطفل بخمر أو خنزير .

قوله : (من زوجة أو سرية) أى : من زوجة مستوفاة لشروط الحاضن ، أو سرية ، أو أمة خدمة ، أو مستأجرة كذلك ، أو متبرعة .

قوله : (أن تكون خالية من زوج أجنبى الخ) إنما سقط حقها حيث تزوجت لاشتغالها بالزوج عن الطفل ، ولهذا اشترط فى السقوط الدخول ، إذ قبله لم يحصل اشتغال عن الولد ، فليس الدعوى للدخول كالدخول ، ومحل السقوط بالدخول والانتقال لمن بعدها ما لم يعلم بالدخول وبالحكم ويسكت العام ، وإلا استمرت حضانتها كما لو كان الزوج محرما للمحضون

وأن تكون ذات رحم محرمة عليه ، فبنت الخالة ونحوها لا حضانة لها (وَالْحَضَانَةُ) حق (لِلْأُمِّ) حرة كانت أو أمة ، مسلمة كانت أو كتابية ، رشيدة أو سفيهة (بَعْدَ الطَّلَاقِ) وبعد الوفاة ما لم تسقطها (إِلَى آحْتِلَامِ الذَّكَرِ) أى إنزاله فى النوم لرؤية جماع أو غيره (وَ) إلى (نِكَاحِ الْأُنْثَى) بمعنى العقد عليها (وَدُخُولٍ بِهَا) ق : ظاهر قوله إلى احتلام الذكر سواء كان زمنا أم لا ، وقال فيما يأتى ولا زمانة بهم ،

ولو لم يكن له حضانة كخاله ، وتزوج بالحاضنة غير الأم ، أو كان وليا للمحضون كابن عمه ، أو كان لا يقبل غير الحاضنة ، أو لم يوجد من يرضعه عند من تستحق الحضانة ، وإلا استمرت الحضانة لذات الزوج وهذه الشروط معتبرة فى الاستحقاق والمباشرة ، فمن اتصف بضدها سقط حقه جملة إلا القدرة ، فإنها شرط فى المباشرة ، فالحاضن المسن لو طلب أن يستنيب من يحضن لم يسقط حقه .

قوله : (وأن تكون ذات رحم محرمة عليه) فإن لم تكن ذات رحم ، ولم تكن محرمة عليه كبنت الخالة وبنت العمة ، لم يكن لها حق فى الحضانة ، وكذا لو كانت محرمة عليه ولم تكن ذات رحم له كالمحرمة عليه بالمصاهرة أو الرضاع .

قوله : (أو سفيهة) هذا مرور على طريقة ابن عرفة ، لأنه ظاهر رواية المدونة وغيرها . وقوله أولاً : وأن يكون رشيدا ، مرور على ما لابن عبد السلام من اشتراط الرشد ، وهو الذى ذهب إليه صاحب المختصر ، لأنه قال : ورشد ، وضعف اللقانى كلام المختصر واعتمد ما لابن عرفة .

قوله : (ما لم تسقطها) محل الإسقاط ما عدا الصورتين المتقدمتين وهما : إذا مات أبوه ولا مال للولد ، أو لا يقبل غيرها . واعلم أنها إذا أسقطتها ، ثم طلبتها فلا ترجع لها بعد ذلك على المشهور .

قوله : (الذكر) أى : المحقق ، فالخنثى المشكل تستمر حضانته ما دام مشكلا ، والمدار على علامة البلوغ بغير الإنبات ، فلا يعتبر هنا البلوغ بالإنبات للخلاف فيه .

قوله : (وإلى نكاح الأنثى الخ) ولا يكفى الدعوة للدخول بل لابد من الدخول ، وإن صغيرين واستمرت نفقتها على أبيها .

تنبيه : لو سقطت بالتزويج ، ثم ظهر أن النكاح فاسد ففسخ ، فتعود الحضانة .

فهل يحمل هذا على ذلك أم لا ؟ (وَذَلِكَ) أى : الحضانة تنتقل (بَعْدَ الْأُمِّ إِنْ مَاتَتْ أَوْ نَكَحَتْ) أجنبيا من غير مَن له الحضانة ودخل بها (لِلْجَدَّةِ) أم الأم ، ثم جدة الأم وإن بعدت ، قاله ابن رشيق ويشترط فى استحقاقها الحضانة أن تنفرد بالطفل فى مسكن غير مسكن الأم التى سقطت حضانتها (ثُمَّ) بعد جدة الأم ينتقل الحق (لِلْخَالَةِ) أى : خالة الطفل أخت أمه الشقيقة ، ثم التى للأم ، ثم التى للأب ، ثم من بعد الخالة ينتقل الحق لخالة خالة الطفل وهى أخت جدة الطفل لأمه ، ثم من بعدها للجدة التى للأب ، أى : أم الأب ، ثم جدة الأب لأبيه (فَإِنْ

قوله : (فهل يحمل الخ) لا يحمل على المعتمد ، فلو بلغ ولو زمنا ، أو عاجزا عن الكسب ، أو مجنونا ، سقطت حضانة الأم .

قوله : (أو نكحت أجنبيا من غير من له الحضانة) أى : احترازا مما لو تزوجت بأحد من الأقارب ممن له الحضانة ، سواء كانت محرما عليه كالعم ، والجد للأب ، أو غير محرم عليه كابن العم ، أو ممن لا حضانة له وهو محرم عليه كالخال والجد للأم .

فقوله : (من غير من له) بيان لقوله أجنبيا .

قوله : (للجدة أم الأم) فى كلامه قصور ، والأولى أن يقول ثم الجدة من جهة الأم ، فيشمل جهة الذكور وجهة الإناث ، لكن جهة الإناث مقدمة على جهة الذكور .

قوله : (أن تنفرد بالطفل) لا خصوصية لها بذلك بل كل من استحق الحضانة يشترط فيه أن ينفرد بالسكنى عن التى سقطت حضانتها .

قوله : (ثم التى للأب) أى : فهى بعد التى للأم ، ورجح بعض شراح المختصر أن لا حضانة للخالة أخت الأم من الأب .

قوله : (وهى أخت جدة الطفل لأمه) فيه إشارة إلى أن تلك الخالة التى خالتها حاضنة ، لابد أن تكون أخت الأم شقيقة أو لأم لا لأب ، لأن خالتها أجنبية من المحضون ، فلا تستحق حضانة .

قوله : (ثم من بعدها الخ) أسقط الشارح مرتبة قبل الجدة وهى عمة الأم ، وكان الأولى أن يقول : ثم عمة الأم ، ثم من بعدها الجدة .

قوله : (ثم جدة الأب لأبيه) الأولى أن يقول : ثم الجدة من جهة الأب ، فيشمل جهة الذكور وجهة الإناث لكن جهة الإناث مقدمة على جهة الذكور ، فعلى هذا تقدم أم أم الأم

لَمْ يَكُنْ مِنْ ذَوِى رَحِمِ الْأُمِّ أَحَدٌ) ممن ذكرنا وممن لم نذكر ، مثل : خالة الأم ، ولا من غير ذوى رحم الأم وهى : الجدة للأب ، وجدة أبى الأب (فَـ)ـالمستحق حينئذ للحضانة (الْأَخَوَاتُ) فتقدم الشقيقة ، ثم التى للأم ، ثم التى للأب (وَ) يلى الأخوات (الْعَمَّاتُ) على الترتيب المذكور (فَإِنْ لَمْ يَكُونُوا) صوابه يكن ، لأن ذلك راجع للأخوات والعمات ، لكن ذكر باعتبار الأشخاص ، التقدير : فإن لم يكن أحد ممن ذكرنا موجودا ، أو كان إلا أنه سقط لمانع (فَـ)ـالمستحق للحضانة حينئذ (الْعَصَبَةُ) ظاهره : أن الأب مؤخر عن العمات والأخوات . والذى فى المختصر أن الأب يلى جدة الأب ، ويليه أخت الطفل ، ويليها عمته على الترتيب المتقدم ؛ وظاهره أيضا : أن الأخ للأم لا حضانة له ، وكذلك الوصى .

على أم الجد خلافا لظاهر الشارح .

قوله : (مثل خالة الأم) أى : التى هى أم الخالة ، لأن المصنف لم يذكرها ، وإنما ذكرها الشارح .

قوله : (وهى الجدة للأب) أى : الجدة من جهة الأب ، وهى أم الأب .

وقوله : (وجدة أبى الأب) المناسب لما تقدم له أن يقول : وجدة الأب .

قوله : (فالمستحق حينئذ للحضانة الأخوات) فيه نظر بل الأب مقدم على الأخوات .

قوله : (العمات) المراد عمته من قبل أبيه ، سواء كانت العمة أخت الأب ، أو أخت أبى الأب ، وبعد العمة التى من جهة الأب الخالة من جهة الأب ، وهى بعد عمة الأب ، وسواء أخت أم الأب أو أخت أم أبيه ، ثم بعد ذلك بنت الأخ شقيقا ، أو لأب ، أو لأم ، ثم بنت الأخت شقيقة ، أو لأب ، أو لأم .

قوله : (لأن ذلك راجع للأخوات والعمات) المناسب أن يقول : راجع للعمات كما هو ظاهر .

قوله : (على الترتيب المتقدم) أى : من كون الشقيقة تقدم ، ثم التى للأم ، ثم التى للأب .

وقوله : (لا حضانة له) أى : لأنه من ذوى الأرحام .

والذى فى المختصر : أن الوصى مقدم على سائر العصبة ، ويليه الأخ ، ثم ابنه ، ثم العم ، ثم ابنه ، ويقدم الشقيق فى الجميع ، ثم الذى للأم ، ثم الذى للأب .

قال فى التوضيح : ووجه تقديم بعض الحاضنين على بعض على الترتيب المتقدم قوة الشفقة فى المقدم ؛ ولهذا قال اللخمى : لو علم ممن قدمنا قلة الحنان والعطف بجفاء أو قساوة فى الطبع ، أو لأمر بينه وبين أم الولد وأبيه ، وعلم ممن أخرناه الحنان والعطف لقُدِّم على من علم منه القساوة أو غير ذلك .

قوله : (والذى فى المختصر أن الوصى مقدم على سائر العصبة) أى : فبعد بنت الأخت الوصى – ذكرا أو أنثى – إن كان المحضون ذكرا ، وكذا أنثى ، والوصى ذكرا والمحضونة لا تطيق كمطيقة إن تزوج الوصى بأمها أو جدتها وتلذذ حتى صارت محرما ، وإلا فلا حضانة له على الراجح ، ومثل الوصى : وصى الوصى ، ومقدم القاضى .

قوله : (ويليه الأخ) الشقيق ، ثم الذى للأم ، ثم الذى للأب .

قوله : (ثم ابنه) أسقط مرتبة وهو الجد ، فالجد متوسط بين الأخ وابنه ، وهل المراد هنا الجد دنية أى : وإن علا ؟ احتمالان لابن رشد ، راجع تحقيق المبانى .

قوله : (ثم العم) أى : عم المحضون ، وأما الجد من جهة الأم فإنه لا يستحق الحضانة ، نص عليه ابن رشد ، ثم يلى مرتبة العم وابنه المولى الأعلى وهو المعتق ، ثم عصبته ، ثم المولى الأسفل وصورته : إنسان انتقل إليه حضانة ، وهو مولى أعلى ، فوجد قد مات وله عتيق ، فإن الحضانة تنتقل للعتيق ، وانظر : هل لعصبة الأسفل نسبا حضانة أم لا ؟

تنبيه : إذا حصل اتحاد كمعتقين وعمين – مثلا – فيقدم من هو أقوى شفقة وحنانا على المحضون ، ويقدم الأسن على غيره ، فإن تساويا فالظاهر القرعة ، فإن كان فى أحدهما صيانة ، وفى الآخر شفقة ، فالظاهر تقديم ذى الشفقة .

تتمة : الذى يقبض نفقة المحضون الحاضن قهرا على الأب باجتهاد الحاكم بالجمعة أو الشهر ، لاختلاف أحوال الناس بالسعة وعدمها ، وإذا ادعى الحاضن ضياعها فإنه يضمنها إلا لبينة على الضياع من غير تفريط ، والسكنى تابعة للنفقة ، فأجرة محل الحاضن على أبى المحضون ، ولا يلزم الحاضنة شىء ، ولا تستحق الحاضنة شيئا لأجل حضانتها لا نفقة ولا أجرة حضانة ، إلا أن تكون الحاضنة أم المحضون وهى فقيرة والمحضون موسر ، وإلا استحقت النفقة فى ماله من حيث فقرها ولو لم تحضنه .

ولما أنهى الكلام على ما تبرع به ، شرع يتكلم على بقية ما ترجم له وهو النفقة فقال : (وَلَا يَلْزَمُ الرَّجُلَ الْمُوسِرَ النَّفَقَةُ) من قوت وإدام وكسوة ونفقة ومسكن (إِلَّا عَلَى زَوْجَتِهِ) بالعادة سواء كان حُرًّا أو عبدا (سَوَاءٌ كَانَتْ غَنِيَّةً أَوْ فَقِيرَةً) مسلمة كانت أو كتابية ، حرة أو أمة ، بشروط أربعة : أن يكون الزوج بالغا ، وأن تكون الزوجة مطيقة للوطء ، ممكنة من الدخول بها ، وأن لا يكون أحدهما مشرفا على الموت ؛ وقيدنا بالعادة ، احترازا مما لو طلبت أمرا زائدا على عادة أمثالها ، أو طلب هو أنقص مما جرت به عادة أمثاله ، فلا يسمع منهما فى ذلك ،

قوله : (ولا يلزم الرجل الموسر النفقة) أى : على أحد من الأحرار غير الأقارب لغير اضطرار أو التزام .

قوله : (إلا على زوجته) التى دخل بها ولو صغيرة ، أو مريضة ، ولو مشرفة ، أو التى دعته للدخول بها وهى مطيقة لوطئه مع بلوغه ، وليس أحدهما مشرفا .

قوله : (أن يكون الزوج بالغا) وأما لو كان غير بالغ فلا تجب مطلقا ، لأنها إن كانت بالغة رشيدة فقد مكنت من نفسها ، وإن كانت غير بالغة فقد سلطه وليها عليها .

قوله : (وأن تكون الزوجة مطيقة) هذا شرط فى التى دعته للدخول ، وكذا قوله : وأن لا يكون أحدهما مشرفا .

قوله : (ممكنة) أى : فإذا أطاقته لكن لم تمكنه من الدخول بها فلا نفقة لها ، ولابد من الدعاء للدخول فإذا لم تدعه فلا نفقة .

قوله : (وقيدنا بالعادة الخ) الحاصل : أن العبرة بوسعه وحالها إن ساواها حاله ، فإذا زاد حالها اعتبر وسعه فقط ، فإن نقصت حالتها عن حالته وعن وسعه اعتبر وسعه متوسطا لا حالها فقط .

إذا تقرر ذلك فقول الشارح : (على عادة أمثالها) المراد به القدر الواجب لها ، وعادة أمثاله : القدر الواجب عليه ، فيجيء على ذكر الأقسام الثلاثة . واعلم أن المرضعة تزاد ما تقوى به ، إلا المريضة ، وقليلة الأكل ، فلا يلزمه إلا ما تأكل ، إلا المقدر لها شيء على مذهب من يراه فيلزم المقدر ، ولا يلزم الحرير ولا ثياب المخرج ، وقد تقدم ذلك .

قوله : (وتطلق عليه بعد التلوم بالعجز عنها) أى : عن النفقة من كامل القوت : من

وتُطلَّق عليه بعد التلوم بالعجز عنها ، إلا أن تكون تزوجته عالمة بفقره وعجزه عن

قمح أو شعير أو دخن أو ذرة ، مأدوم أو غير مأدوم ، والكسوة ولو من غليظ الكتان ، فمتى قدر عليها – ولو مما ذكر – فلا تطلق عليه .

وحاصل المسألة : أن الزوج إذا عجز عن نفقة زوجته الحاضرة ، أو المستقبلة ، لمن يريد سفرا دون الماضية ، ورفعت أمرها إلى الحاكم وشكت ضرر ذلك ، وأثبت الزوجية ولو بالشهرة ، أو كانا طارئين ، فيفصل بين كون الزوج ثابت العسر ، فيأمره الحاكم بالطلاق . وإن لم يكن ثابت العسر مع ادعاء العسر ، فيأمره بالإنفاق أو الطلاق ، فإن طلق فى الأولى أو أنفق ، أو طلق فى الثانية ، فلا إشكال ، وإن امتنع من ذلك طلق عليه بلا تلوم فى الثانية ، وبعد التلوم فى الأولى باجتهاد الحاكم ، وسواء كان الزوج يرتجى له أم لا .

ولا نفقة لها زمن التلوم ، ولو رضيت بالمقام بعد التلوم ، ثم قامت بعد ذلك فلابد من التلوم ثانيا ، وإذا مرض أو سجن فى أثناء مدة التلوم ، فإنه يزاد له بقدر ما يرتجى له بشىء ، وهذا إن رجى برؤه من المرض ، وخلاصه من السجن عن قرب ، وإلا طلق عليه . وملخصه : أنه بعد التلوم وعدم الوجدان يطلَّق عليه ، ويجرى فيه قولنا ، وهل يطلق الحاكم أو يأمرها به ؟ ولا فرق فى الذى ثبت عسره وتلوم له بين أن يكون حاضرا أو غائبا .

ومعنى ثبوت العسر فى الغائب : عدم وجود ما يقابل النفقة بوجه من الوجوه ؛ والتلوم للغائب محله حيث لم تعلم غيبته ، أو كانت بعيدة كعشرة أيام ؛ وأما إن قربت كثلاثة أيام . فإنه يعذر إليه .

وجماعة المسلمين العدول يقومون مقام الحاكم فى ذلك ، وفى كل أمر يتعذر الوصول إلى الحاكم ، أو لكونه غير عدل .

وأما من لم يثبت عسره ، وهو مقر بالملاء ، وامتنع من الإنفاق والطلاق ، فإنه يعجل عليه الطلاق على قول ، ويسجن حتى ينفق عليها على آخر ، فإن سجن ولم يفعل ، فإنه يعجل عليه الطلاق كما أنه يعجل عليه بلا تلوم إن لم يجب الحاكم بشىء حين رفعته .

قوله : (وعجزه) عطف لازم على ملزوم ، أى : فلا تطلق عليه ، ولزمها المقام معه بلا نفقة ، وهى محمولة على العلم إن كان من السؤال لشهرة حاله ، وعلى عدمه إن كان فقيرا لا يسأل . نعم إذا علمت أنه من السؤال أو اشتهر بالعطاء ، ثم ترك السؤال ، أو انقطع الإعطاء ، فإنها تطلق عليه .

النفقة (وَ) لا يلزمه أيضا النفقة على أحد من أقاربه إلا فى صورتين إحداهما (عَلَى أَبَوَيْه الْفَقِيرَيْنِ) الحرين – مسلمين كانا أو كافرين – إذا كان حرا ، واعترف بفقرهما . أما إذا أنكر فقرهما ، فعلى الأبوين إثبات عدمهما . ولا يحلفان مع ذلك

واعلم أنه إذا لم يجد إلا ما يمسك الحياة فقط ، فهو كالعاجز لا إن قدر على قوت زوجته الكامل من الخبز مأدوما أو غير مأدوم من قمح أو غيره ، فلا قيام لها ولو دون ما يكتسبه فقراء ذلك الموضع ، ولو كانت ذات قدر وغنى ، أو قدر على ستر جميع بدنها ولو على غليظ الكتان أو الجلد ، ولو غنية فلا قيام لها . والقادر بالتكسب كالقادر بالمال أن تكسب ولا يجبر على التكسب .

تنبيه : هذا الطلاق الصادر من الحاكم رجعى ، ولا يمكن من الرجعة إلا إذا وجد فى العدة يسارا يقوم بواجب مثلها ، بحيث يجد شيئا يظن معه إدامة النفقة ، وأما لو تجمدت لها نفقة فيما مضى ، فلها الطلب حيث تجمدت زمن يسره ، ولا تطلق عليه بالعجز عنها .

قوله : (على أبويه) أى : النفقة على أبويه كان الشخص ذكرا أو أنثى ، صغيرا أو كبيرا ، لأن النفقة من باب خطاب الوضع .

قوله : (الفقيرين) أى : المعسرين بنفقتهما وإن كان لهما دار وخادم لا فضل فيها ؛ وهذا إذا لم يكن الأبوان قادرين على الكسب ، وأما لو كانا قادرين على الكسب ولو بصنعة فيها عليهما معرة لاتصافهما بها قبل وجود الولد غالبا ، فلا يجب على الولد . ولو تزوجت الأم الفقيرة بفقير لا تسقط نفقتها ، وكذا البنت لو تزوجت بفقير . ولو قدر زوج الأم أو البنت على بعض النفقة لزم الأب أو الولد كالها .

قوله : (الحرين) أى : لأن الرقيقين غنيان بسيدهما .

قوله : (إذا كان حرا) لأن الرقيق لا يلزمه الإنفاق على أبويه ، لأنه لا يلزمه نفقة نفسه .

قوله : (إثبات عدمهما) أى : بشهادة عدلين .

قوله : (ولا يحلفان مع ذلك) أى : وإن كان العسر لا يثبت إلا بعدلين ويمين ، ويجب على الولد أيضا أن ينفق على خادم أبوين ، وخادم زوجة أبيه المتأهلة لذلك ، وظاهره : ولو تعدد الخادم ، وظاهره : وإن كانا غير محتاجين للخادم .

لأن تحليفهما عقوق (وَ) الأخرى (عَلَى صِغَارِ وَلَدِهِ الَّذِينَ لَا مال لَهُمْ) أما لزوم النفقة (عَلَى) الأولاد الصغار (الذُّكُورِ) (حَتَّى يَحْتَلِمُوا وَ) الحال أنه (لَا زَمَانَةَ) أى : لا آفة (بِهِم) تمنعهم من الكسب ، ظاهره : أن الزمانة إذا طرأت بعد البلوغ وهو صحيح لا أثر لها ، فلا تعود النفقة على الأب ، وهو كذلك على المشهور (وَ) أما لزومها (عَلَى الإِنَاثِ) الأحرار فهى مستمرة عليهن (حَتَّى يُنْكَحْنَ وَيَدْخُلَ بِهِنَّ) أى : يطأهن (أَزْوَاجُهُنَّ) أو يدعى إلى الدخول وهو بالغ ، والزوجة ممن يوطأ مثلها ، فإذا طلقها زوجها ، أو مات عنها ، لا تعود نفقتها

قوله : (على صغار ولده) أى : مباشرة فلا يجب عليه أن ينفق على ولد ولده .

قوله : (الأحرار) ولو كانوا كفارا ، وأما الأرقاء فنفقتهم على سيدهم لا على آبائهم . ولو أحرارا ، ولا على الأب الرقيق نفقة ولده ولو حرا ، ونفقة ولده الحر على بيت المال حيث كان متخلقا على الحرية ، وإن كانت بالعتق فنفقته على معتقه حتى يبلغ قادرا على الكسب .

قوله : (والحال أنه لا زمانة بهم) بفتح الزاى ، أى : مرضا دائما تحقيق ، أى : أنه يجب نفقة الولد الذكر الحر الذى لا مال له ولا صنعة تقوم به على الأب الحر حتى يبلغ عاقلا ، قادرا على الكسب ، ويجد ما يكتسب فيه . أما لو كان له مال أو صنعة لا معرة عليه ، أو على أبيه ، أو عليهما ، فلا تجب النفقة على الأب .

وأما لو كان له مال وفرغ قبل بلوغه ، لوجب على الأب بعد فراغ المال ، أو كان فيها معرة على الأب ، أو الابن ، أو عليهما ، فكذلك ، أى : تجب على الأب ، وكذا لو كان له صنعة كاسدة ، أو دفع الأب مال الصغير قراضا ، وسافر العامل ولم يجد مسلفا ، فتعود على الأب .

ومن بلغ مجنونا ، أو زمنا ، أو أعمى ، فتستمر نفقته على الأب ولو كان يجن حينا بعد حين ، فإذا بلغ قادرا على البعض فيجب على الوالد تتميمها .

قوله : (وهو كذلك على المشهور) أى خلافا لعبد الملك .

قوله : (أى يطأهن الخ) ليس بشرط بل المراد بالدخول الخلوة ، وإن لم يحصل وطء .

والحاصل : أن نفقة الأنثى تستمر على أبيها حتى يدخل بها زوجها البالغ الموسر ، أى : يختلى بها ولو غير مطيقة ، أو يدعى للدخول ، أى : بشرط الإطاقة .

على الأب إن كانت بالغة ، وتعود إن كانت غير بالغة (وَلَا نَفَقَةَ) على الرجل (لِمَنْ سِوَى هَؤُلَاءِ) المذكورين (مِنَ الْأَقَارِبِ) كالجد ، وأولاد الأولاد ، لأن نفقة القرابة إنما تجب ابتداء لا انتقالا ؛ ونفقة الجد لازمة للابن ، فلا تنتقل إلى بنيه ، ونفقة أولاد الأولاد لازمة لأبيهم ، فلا تنتقل إلى جدهم (وَإِنِ اتَّسَعَ) أى : أيسر الزوج (فَعَلَيْه) وجوبا (إِخْدَامُ زَوْجَتِهِ) الشريفة التى لا تخدم نفسها الخدمة الباطنة ، إما بنفسه ، أو يستأجر لها من يخدمها ، أو يشترى لها خادما ، ولا تطلق بالعجز عنه .

قوله : (وتعود إن كانت غير بالغة) ولو أزال بكارتها .

تنبيه : توزع نفقة الوالدين على الأولاد على قدر يسارهم الغنى بحسب حاله ، والفقير بالنسبة لغيره بحسب حاله ، كان ذلك الغنى ذكرا أو أنثى . واختلف فى حمل الولد على الملإ ، أو العدم إذا طلبه الأبوان ، وادعى العجز على قولين ، إلا أن يكون له أخ ملىء ، وإلا اتفق على حمله على الملإ حتى يثبت العدم .

ونفقة الزوجة مقدمة على نفقة الابن ، ومن له أب وولد فقيران وقدر على نفقة أحدهما فقيل : يتحاصان ، وقيل : يقدم الابن ، واقتصر بعضهم عليه ، فقال : وتقدم نفقة الأولاد على نفقة الأبوين عند العجز ، وتقدم الأم على الأب ، والصغير من الولد على الكبير ، والأنثى على الذكر عند الضيق ، فلو تساوى الوالدان صغرا وكبرا وأنوثة تحاصا ؛ كذا ينبغى أى : كما يقع التحاصص فى الزوجات عند الضيق .

ونفقة نفسه مقدمة حتى على نفقة الزوجة لسقوط الوجوب عنه لغيره ، والأنثى كالذكر فى وجوب الإنفاق على الوالدين ، ولا نفقة على الأم لولدها الصغير اليتيم الفقير – خلافا لابن المواز – إلا أجرة الرضاع لمن يلزمها ، ولا لبان لها .

قوله : (التى لا تخدم نفسها الخ) ولو احتاجت إلى أكثر من خادم فيلزمه ذلك أى : أو لكونه هو ذا قدر تزرى خدمة زوجته به ، فإنها أهل للإخدام بهذا المعنى ، ومثل الأهل : ما إذا لم يكن واحد منهما أهلا إلا أن فى صداقها ثمن خادم ، فإنها إذا طلبت ذلك تجاب له ؛ سواء كان الخادم أنثى أو ذكرا لا يقدر على الاستمتاع ، ولو تنازعا على القدرة على الإخدام ففى تعيين المقبول منهما قولان ، ظاهر المصنف : أنه يحمل على عدمه حتى يثبت خلافه ، وهو ظاهر المدونة .

قوله : (لأنها على ذلك دخلت) فضيته : أنها لو لم تدخل على ذلك بل طرأ عجزه ، فإن لها الكلام وليس كذلك ، إذ المشهور أنها لا تطلق عليه بالعجز عنه .

واحترز – باتسع – مما إذا كان معسرا ، فإنه لا يلزمه خدمتها ، لأنها على ذلك دخلت ، وتكون عليها الخدمة الباطنة : كالطبخ ، والعجن ، بخلاف الخدمة الظاهرة : كالطحن ، إلا أن تتطوع ، أو تكون هناك عادة فتحمل عليها ، لأن العادة كالشرط .

(وَعَلَيْه) أى : المالك المفهوم من السياق وجوبا (أَنْ يُنْفِقَ عَلَى عَبِيدِهِ)

قوله : (وتكون عليها الخدمة) أى : زوجة الفقير ، ولو كانت أهلا للإخدام .

قوله : (وتكون عليها الخدمة الباطنة) إما بنفسها أو بغيرها .

قوله : (كالطبخ الخ) أى : له فى ذلك كله لا لضيوفه .

قوله : (كالطحن) وكاستقاء الماء من الدار أو خارجها .

ولا تملك الخادم ذات الأهل بالإخدام إذا لم يملكها لها بصيغة هبة أو تمليك ، وإن كان لا يحل له وطؤها لأنها مخدمة – بالفتح – وإذا اشترط الإخدام فى صلب العقد لم يضر إن وجب بأن كانت أهلا أو كان أهله ، وإلا فسخ قبل البناء ، وصح بعده ، وألغى الشرط .

ولا يلزم المرأة نسج ، ولا غزل ، ولا خياطة ، ولا تطريز ، لتطعم نفسها أو تكتسى لأنها من أنواع التكسب ، ولا تلزم به ولو كانت عادة نساء بلدها .

قوله : (أن ينفق على عبيده) ولو بشائبة حرية كمدبر ، أو معتق لأجل ، أو أم ولد ، ولو أشرف الرقيق على الموت .

والإنفاق بقدر الكفاية ، فلا يسرف ، ولا يقتر ، وينظر لوسعه ، وحال العبيد فليس النجيب كالوغد ، ولا يجب عليه نفقة رقيقه المخدم بل نفقته على مخدمه ، والمكاتب نفقته على نفسه ، والمشترك والمبعض بقدر الملك ، فإذا امتنع من الإنفاق على رقيقه ، أو عجز عنه بيع إن وجد من يشتريه ، وكان مما يباع ، وإلا أخرج عن ملكه ، فأم الولد لا تباع ، فقيل : تزوج ، وقيل : تعتق واختير . وأما المدبر ، أو المعتق لأجل ، فيقال لهما : اخدما بما ينفق عليكما إن كان لهما خدمة ، وإلا عتقا .

قوله : (ويكفنهم إذا ماتوا) وكذا سائر مؤن التجهيز ، لأنه لا حق لهم فى بيت المال ، وهذا إذا كان مليا ، فلو كان معدما فمن بيت المال ، فلو مات السيد والعبد ولم يوجد إلا كفن واحد ، كفن به العبد ، ويكفن السيد من بيت المال .

قوله : (والأصل فى وجوب النفقة) أى : على الزوجة ، والأصل الدانى والفرع القريب والرقيق .

فى حياتهم (وَيُكَفِّنَهُمْ إِذَا مَاتُوا) والأصل فى وجوب النفقة ما فى الصحيح من قوله ﷺ : « أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ مَا تَرَكَ عَنْ غِنًى وَٱلْيَدُ ٱلْعُلْيَا خَيْرٌ مِنَ ٱلْيَدِ ٱلسُّفْلَى ، وَٱبْدَأْ بِمَنْ تَعُولُ ٱلْمَرْأَةُ تَقُولُ : إما أَنْ تُطْعِمَنِي وَإِمَّا أَنْ تُطَلِّقَنِي ، وَيَقُولُ ٱلْعَبْدُ : أَطْعِمْنِي وَٱسْتَعْمِلْنِي ، وَيَقُولُ ٱلْوَلَدُ : أَطْعِمْنِي إِلَى مَنْ تَدَعُنِي »[1] وما ذكره من وجوب تكفين العبيد هو نص المدونة واتفق عليه (وَٱخْتُلِفَ فِي كَفَنِ الزَّوْجَةِ) الحرة وقيل : والأمة المدخول بها ، أو التى دعى إلى الدخول بها (فَقَالَ ٱبْنُ ٱلْقَاسِمِ) وسحنون

قوله : (ما فى الصحيح) أى : ما فى الكتاب الصحيح ، أى : المشتمل على الأحاديث الصحيحة كالبخارى ، أو ما فى الحديث الصحيح ، أى : جنس الحديث الصحيح ، بملاحظة جملة أفراده ، فيكون من ظرفية الجزء فى الكل .

قوله : (ما ترك عن غنى) أى : بحيث لم يجحف بالمتصدق .

وقوله : (واليد العليا) وهى المعطية .

وقوله : (السفلى) أى : السائلة .

وقوله : (وابدأ بمن تعول) أى : بمن تجب عليك نفقته .

وقوله : (أطعمنى) بهمزة قطع .

قوله : (تدعنى) – بفتح الدال وضم العين – أى : إلى من تكِلنى .

تنبيه : قال الشيخ : ويؤخذ من الحديث مسألة حسنة ، وهى : أن من قال الأمر الفلانى وقف على عيالى ، أو هذه العلوفة على العيال ، تدخل زوجته فى العيال .

قوله : (وقيل والأمة) ضعيف ، والمعتمد أنه على السيد .

قوله : (فقال ابن القاسم الخ) وهو المشهور ، وإذا لم يكن لها مال فمن بيت المال ، فإن لم يكن فعلى المسلمين ، والزوج كرجل منهم .

قوله : (هو فى مالها) وكذا سائر مؤن التجهيز ، ويتفرع على هذا القول : أن الزوج لو كفنها ، فإنه يرجع فى مالها إلا أن يكون متبرعا .

---

(١) البخاري كتاب الزكاة – باب لا صدقة إلا عن ظهر غنى ، مسلم كتاب الزكاة – باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى .

وشَهَّرَ هو (فى مالِها) ولا يلزم الزوج ، غنية كانت أو فقيرة ، لأن الكفن من توابع النفقة ، وهى إنما كانت لمعنى وهو الاستمتاع وقد ذهب بالموت ، وإذا ذهب المتبوع ذهب التابع (وَقَالَ) مالك فى الواضحة و (عَبْدُ المَلِكِ) قيل : هو ابن حبيب ، وقيل : هو ابن الماجشون هو (فى مالِ الزَّوْجِ) وإن كانت غنية ، لأن علاقة الزوجية باقية بدليل أنه يغسلها ، ويطلع على عورتها ، والموارثة قائمة بينهما (وَقَالَ) مالك فى العتبية و (سَحْنُونٌ) أيضا (أَنْ كانَتْ مَلِيئَةً فَهُوَ فِي مَالِهاَ وَإِنْ كَانَتْ فَقِيرَةً فَـ)ـهو (فِي مَالِ الزَّوْجِ) ووجهه يرجع للتوجيهين ، وإنما سكت عن كفن الأبوين والبنين فإن المذهب : أنه تابع للنفقة عليهم كالرقيق .

قوله : (غنية كانت أو فقيرة) ولو كان غنيا .

قوله : (هو مال الزوج) أى : الكفن ومؤن التجهيز ، أى : إن كان بحيث يلزمه لها النفقة لبلوغه ويسره .

قوله : (وإن كانت غنية) ولو كان الزوج فقيرا .

قوله : (إن كانت مليئة) أى : بحيث يوجد عندها ما تكفن به .

قوله : (سحنون) فى السين وجهان الفتح والضم ، قال عج : الكثير عند الفقهاء الفتح ، وأما فى اللغة فالضم ، وهو لقب له واسمه عبد السلام ، وقد تقدم .

قوله : (فهو فى مالها) ظاهره . ولو كان الزوج غنيا .

وقوله : (فى مال الزوج) ظاهره : ولو كان الزوج فقيرا .

قوله : (فإن المذهب الخ) فلو مات أبو شخص أو أحدهما وولده ، ونفقة كل واجبة عليه ، وعجز عن تكفين الجميع ، فيقدم الولد ، وقضية الأجراء على النفقة تقديم الأم على الأب ، والأنثى على الذكر ، والصغير على الكبير ، إذا كان لا يقدر إلا على تكفين أحد الأبوين ، أو بعض الأولاد وهو ظاهر ، والظاهر : الاقتراع عند تساوى الولدين ، ولم يوجد إلا ما يكفى أحدهما لا بعينه ، وأما إذا كان لا يكفى إلا أحدهما بعينه ، فإنه يقدم ، قال الشيخ : ويظهر أن المراد يكفى فى الستر الواجب وإلا قسم بينهما .

قوله : (ووجهه يرجع للتوجيهين) فيه أن التعليل الأول لو عللنا به الغنية تجده يأتى فى الفقيرة .

[باب فى البيوع وماشاكل البيوع]

(بَابٌ فِي الْبُيُوعِ وَماشَاكَلَ الْبُيُوعَ) أى : شابهها ، كالإجارة ، والشركة . وجمع البيع باعتبار أنواعه ، تقدير كلامه : هذا باب بيان أنواع ما يجوز من البيوع وما لا يجوز .

(باب فى البيوع وما شاكل البيوع)

قوله : (كالإجارة) الشبه ظاهر بجامع أن كلا عقد على شيء فى مقابلة عوض ، الذات فى البيع والمنفعة فى الإجارة .

وقوله : (والشركة)الشبه من حيث إن كلا من الشريكين باع بعض ماله ببعض مال الآخر .

قوله : (وجمع البيع باعتبار أنواعه) كبيع النقد ، وبيع الدين ، والصحيح ، والفاسد ، وغير ذلك ، أشار له شارح الموطأ .

ويتنوع باعتبار معناه الأعم إلى صرف . ومراطلة ، وسلم ، وهبة ثواب .

ويتنوع باعتبارين آخرين من حيث ذاته ، ومن حيث حكمه ، فالأول أربعة أقسام ، والثانى خمسة .

فالأول : بيع مساومة ، وبيع مزايدة ، وهما جائزان اتفاقا ، وبيع مرابحة وهو جائز . والأحب خلافه ، وبيع استئمان والأكثر على جوازه .

والثانى خمسة أقسام : **الإباحة** وهى الأصل ، وقد يعرض له الوجوب ، كمن اضطر لشراء طعام ، أو شراب . **والندب** ، كمن أقسم على إنسان أن يبيع له سلعة لا ضرورة عليه فى بيعها ، لأن إبرار القسم مندوب فى مثل هذا ، والكراهة : كبيع الهر أو السبع لا لأخذ جلده ، والتحريم : كالبيع المنهى عنه .

وحد البيع نقل الملك بعوض بوجه جائز ، وله ثلاثة أركان :

أولها : العاقد وهو البائع والمبتاع ، ويشترط فيه التمييز ، فلا ينعقد بيع غير المميز لصبا أو جنون ، وفى بيع السكران تردد ، والتكليف وهو شرط فى لزوم البيع

قوله : (نقل الملك بعوض الخ) هذا التعريف بالمعنى الأعم ، والمراد بالملك ملك الذات ، وقد عرفه ابن عرفة بالمعنى الأعم بقوله : عقد معاوضة على غير منافع ولا متعة لذة ، فيخرج العقد على المنافع والنكاح ، ويدخل هبة الثواب ، والصرف ، والمراطلة ، والسلم ، ولذلك قال : والغالب عرفا أخص منه بزيادة ذو مكايسة ، أحد عوضيه غير ذهب ولا فضة معين غير العين فيه ، فتخرج الأربعة المذكورة الداخلة فى الأعم ، لأن الهبة للثواب لا مكايسة فيها ، أى : لا مغالبة ، والصرف والمراطلة والمبادلة العوضان فيها من العين ، والسلم المعين فيه العين وهى رأس المال ، وأما غير رأس المال وهو المسلم فيه فإنه فى الذمة ، ومعنى كون رأس المال معينا أنه ليس فى الذمة ، وتعبير ابن عرفة بالعين فى رأس المال أغلبى ، لأنه قد يكون رأس المال حيوانا أو عرضا .

قوله : (بوجه جائز) قال بعض : هذا مبنى على أن الفاسد لا يقال فيه بيع إلا على جهة المجاز ، وإلا فمذهب أكثر الفقهاء أن البيع يطلق على الفاسد أيضا . وذكر بعض آخر فى توجيه ذلك : أن الحقائق الشرعية لا ينبغى أن يقصد فى تعريفها إلا ما هو الصحيح منها ، لأنه المقصود بالذات ومعرفته مستلزمة لمعرفة الفاسد ، أو أكثر الفاسد .

قوله : (التمييز) هو أنه إذا كلم بشىء من مقاصد العقلاء فهمه وأحسن الجواب عنه .

قوله : (فلا ينعقد بيع غير المميز لصبا أو جنون) أى : أو إغماء منهما أو من أحدهما .

قوله : (وفى بيع السكران تردد) أى : طريقتان طريقة ابن رشد والباجى : أن بيعه وشراءه لا ينعقد أصلا أى لا يصح اتفاقا . وطريقة ابن شعبان : أنه لا يصح على المشهور .

وهذا فى السكران الذى ليس عنده يميز أصلا ، وأما إذا كان عنده نوع من التمييز ، فلا خلاف فى انعقاد بيعه ، وإنما اختلف فى لزومه ، والمعتمد عدم اللزوم وإنما لم يصح بيع السكران أو لم يلزم ، كإقراره وسائر عقوده ، بخلاف جناياته وعتقه وطلاقه ، سدا للذريعة ، لأنا لو فتحنا هذا الباب مع شدة حرص الناس على أخذ ما بيده ، وكثرة وقوع البيع منه لأدى إلى أنه لا يبقى له شىء ، بخلاف طلاقه ، وقتله ، وإتلافه ، وعتقه ، وما يتعلق به حق لغيره فيلزمه ذلك ، لأنا لو لم نلزمه ذلك لتساكر الناس ليتلفوا أموال غيرهم ، ويستبيحوا دماءهم . والمراد السكر الحرام وإلا فكالمجنون .

قوله : (والتكليف) أى : الرشد والطوع ، فلا يلزم بيع الصبى ، ولا السفيه ،

دون الانعقاد ، والإسلام وهو شرط فى شراء المصحف والعبد المسلم .

إكراها حراما ، وإن لزم من جهة المشترى ، حيث كان رشيدا ، فمن أجبر على البيع ، أو على سببه ، وهو طلب مال ظلما ، فباع شيئا لوفائه فلا يلزمه ، وإذا قدر فى القسم الثانى على خلاص شيئه الذى باعه ، فإنه يأخذه من هو بيده بلا غرم ثمن ، ويرجع المشترى على الظالم أو وكيله .

هذا إذا علم أن الظالم أو وكيله قبضه من المظلوم أو من المشترى ؛ أو جهل هل دفع المشترى الثمن للظالم ، أو لوكيله ، أو لرب المتاع ؟ أو لم يعلم هل دفعه للظالم ، أو بقى عنده ، أو صرفه فى مصالحه ، أم لا ؟ وكذا إن علم بقاؤه عنده ، أى : المظلوم ، وتلف بغير سببه فيما يظهر ، فإن علم أنه صرفه فى مصلحته ، أو لم يتلف ، أو أتلفه عمدا ، لرجع عليه به ، وسواء علم المشترى فى ذلك كله بأن بائعه مكره أو لم يعلم .

هذا إذا كان شىء المكره وهو الذى باعه قائما عند المشترى ، وأما إن فات بيده أى : المشترى ، فيرد عليه قيمته إن كان مقوما ، ومثله إن كان مثليا ، ولو أجبر على البيع دون المال فيرد إليه بالثمن ، إلا أن تقوم بينة بتلفه ، وهل يصدق إن ادعى التلف كالمودع أو لا ؟ خلاف على حد سواء . واحترزنا بالإكراه الحرام من الجبر الشرعى ، كجبر القاضى المديان على البيع لوفاء الغرماء ، أو المنفق للنفقة ، والخراج الحق ، فليس من ذلك بل هو جائز لازم ، جائز شراؤه لكل أحد إلا أن يكون معسرا فيلجأ إلى بيع ما يترك للمفلس ، فكالإكراه الظلم .

تنبيه : لا فرق فى بيع المظلوم متاعه بنفسه ، أو باعه قريبه ، أو غيره بإذنه ، أما لو باع قريبه ، أو زوجته ، مال أنفسهما ليخلصه ولو من العذاب ، فليس ببيع مضغوط إلا الوالدين إذا عذب ولدهما فباعا أو أحدهما شيئا من متاعهما فإنه إكراه .

قوله : (والإسلام وهو شرط فى شراء المصحف الخ) أى : فى الجواز ، ودوام الملك مع الصحة يعنى : أنه يحرم على المالك أن يبيع للكافر مسلما صغيرا أو كبيرا ، أو مصحفا ، أو جزأه مع الصحة ، ولكن يجبر من غير فسخ على إخراج ما ذكره من ملكه ، إما ببيع ، أو بعتق ناجز ، أو هبة ، أو صدقة . ويلزمه العتق لأنه حكم بين مسلم وذمى بخلاف ما إذا أعتق الكافر عبده الكافر ، فإنه لا يلزمه ذلك إلا إذا بان عنه فيقضى عليه به إن رضى بحكمنا .

الثانى : المعقود عليه من ثمن ومثمن ، وشرطه أن يكون طاهرا ، منتفعا به ، مقدورا على تسليمه ، معلوما للمتبايعين ، غير منهى عن اتخاذه ، غير محرم .

قوله : (أن يكون طاهرا) أى طهارة أصلية ، لا كزبل وزيت تنجس ، وأما ما كان طاهرا طهارة أصلية وعرض عليه نجاسة يمكن إزالتها فيجوز بيعه ، لكن يجب تبيينه عند البيع كان الغسل يفسده ، أو ينقصه أو لا ، كان المشترى يصلى أم لا .

قوله : (منتفعا به) ولو يسيرا كالتراب ، أو مترقبا كالمهار الصغار . والمراد الانتفاع الشرعى فيخرج آلات اللهو ، فلا يجوز بيعها كما لا يباع محرم الأكل إذا أشرف على الموت ، وأما مباح الأكل فيجوز بيعه ولو أشرف لإمكان ذكاته ، وأما لو لم يشرف فيجوز بيعه ولو محرما ، وما أخذ فى السياق فيحرم بيعه ولو مأكولا .

قوله : (مقدورا على تسليمه) فلا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه كآبق فبيعه فى إباقه فاسد ، وضمانه من بائعه ، ويفسخ وإن قبض ، وكذلك الإبل المهملة ، وكذا المغصوب إذا بيع لغير غاصبه ، هذا إذا كان الغاصب ممتنعا من دفعه ، ولا تأخذه الأحكام مقرا أو غير مقر ، أو كان غاصبه منكرا وتأخذه الأحكام وعليه بينة بالغصب ، لأنه شراء ما فيه خصومة ، والمشهور منعه . أما لو كان مقرا بالغصب مقدورا عليه ، فإنه جائز باتفاق ويجوز بيعه لغاصبه بشرط أن يعلم أن الغاصب عزم على رده لربه .

قوله : (معلوما للمتبايعين) أى : وإلا فسد البيع وجهل أحدهما كجهلهما . هذا إذا كان البيع على البت ، وأما إذا كان على الخيار فيجوز ، ولو مع جهل المشترى .

والجهل إن تعلق بالجملة والتفصيل أو التفصيل فقط أفسد العقد ، أما إن جهلت جملته وعلم تفصيله ، فلا يضر كبيع الصبرة كل صاع بدرهم ، ويريد أخذ الجميع . مثال الجملة والتفصيل واضح ، ومثال التفصيل : كعبدى رجلين بثمن معلوم لكل واحد عبد أو أحدهما لأحدهما ، والآخر مشترك بينهما أو مشتركان بينهما على التفاوت ، كثلث من أحدهما ، والثلثين من الآخر أو عكسه ، ويبيعانهما صفقة واحدة بكذا ، فالثلاث فاسدة ، وأما لو كان لأحدهما ثلث كل ، أو سدسه ، أو نصفه ، وللآخر الباقى فلا جهل ، فيجوز لأنه لا جهل فى الثمن فى هذه الصور فيجوز .

والمنع فيما تقدم مقيد بما إذا لم ينتف الجهل ، فإن انتفى جاز كما إذا سميا أى : عيَّنا لكل واحد قدرا من الثمن الذى يقع الشراء به ، قبل ذكر المشترى له أو بعد ذكره له ، وقبل عقد البيع مثل : أن يجعل لأحدهما بعينه ثلث ما يدفعه المشترى أو ما دفعه ، وللآخر ثلثيه .

الثالث : ما ينعقد به البيع وهو : الإيجاب والقبول ، وما شاركهما فى الدلالة على الرضا ، كالمعاطاة .

وافتتح الباب تبركا بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَا ﴾ [البقرة . ٢٧٥]

ومثل ذلك : ما لو قوما لكل واحد من العبدين على أن يقبض الثمن على حسب القيمتين أو يتساويا .

قوله : (غير منهى عن اتخاده) قضيته : أنه لو جاز اتخاذه يجوز بيعه ، فيقتضى أن كلب الصيد يجوز بيعه وليس كذلك ، فالأولى أن يقول : غير منهى عن بيعه .

وقوله : (غير محرم) لا حاجة له بعد ما تقدم .

قوله : (الإيجاب والقبول) الإيجاب من البائع ، والقبول من المشترى .

والإيجاب مصدر أوجب ، أى : أثبت . ولما كان البائع هو المبتدئ فى الأصل عد مثبتا للبيع ، وإن كان الإثبات إنما يحصل من الجانبين . ولا فرق فى ذلك بين ما دل صريحا : كبعت ، واشتريت ، أو التزاما : كخذ ، وهات ، وعاوضتك هذا بهذا .

وقوله : (كالمعاطاة) دخل تحت الكاف إشارة من الجانبين ، أو من جانب ، وقول أو فعل من الآخر ، أو قول من أحدهما ، وفعل من الآخر ، أما المعاطاة فهى : أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمون ، أو العكس من غير إيجاب من البائع ولا استيجاب من المشترى ، وهى فعل من الجانبين .

وأمثلة ما دخل تحت الكاف ظاهرة ، والمعاطاة المحضة العارية عن قول من الجانبين لابد من اللزوم فيها من قبض الثمن والمثمن ، فمن أخذ ما علم ثمنه لا يلزم البيع إلا بدفع الثمن ، وكذا من دفع ثمن رغيف لشخص لا يلزم البيع حتى يقبض الرغيف .

وأما أصل وجود العقد فلا يتوقف على قبضهما ، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكه ولم يدفع له الثمن وجد بذلك أصل العقد لا لزومه ، وكذا ينعقد البيع بتقدم القبول من المشترى بأن يقول : بعنى ، على الإيجاب من البائع بأن يقول : بعتك ، ولا يشترط كما قال فى تحقيق المبانى فورية الإيجاب ، بل المختار جواز تأخيره ما تأخر .

قوله : (تبركا بقوله تعالى) فيه إشارة إلى أنه قصد التلاوة ، وكان الأولى أن يقول بقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ للتنصيص على التلاوة ، وللتصريح بذكر اسم الله ، وأن يكون دليلا لا مدلولا ، لأنه على تقدير عدم قصد التلاوة ، يكون مدلولا أى دعوة مفتقرة للدليل .

قوله : (أحل الله البيع) أفاد أن الأصل فيه الجواز ، وقد يعرض له الوجوب وغيره ،

والربا الزيادة ، وحرمته السنة أيضا ، وانعقد الإجماع على تحريمه – فمن استحله كفر بلا خلاف ، يستتاب ، فإن تاب وإلا قتل – ومن باع بيع ربا غير مستحل له ، فهو فاسق يؤدب خاصة إلا أن يعذر بجهل ويفسخ ، فإن فات فليس له إلا رأس ماله ، والألف واللام التى فى الربا للعهد ؛ وهو ربا الجاهلية ولهذا قال : (وَكَانَ رِبًا

وقد تقدم ذلك .

قوله : (أيضا) أى : كما حرمه الكتاب .

قوله : (وانعقد الإجماع على تحريمه) أى : تحريم الربا بمعنى الزيادة ، وانظر هذا مع قوله فى التحقيق . اتفق المسلمون على تحريم ربا النسيئة ، والجمهور على تحريم ربا الفضل .

قوله : (فمن استحله الخ) فى التفريع شىء ، لأن كفره إنما هو لكونه أنكر معلوما من الدين ضرورة ، فليس الإجماع على التحريم بمجرده مقتضيا للكفر .

قوله : (بلا خلاف) أى : بين الأئمة .

قوله : (يستتاب) أى : ثلاثة أيام ، أى : يجب على الإمام ، أو نائبه ، أن يستتيبه ثلاثة أيام بلا جوع ، وبلا عطش ، وبلا معاقبة .

وقوله : (وإلا قتل) أى : وإن لم يتب قتل بغروب الشمس من اليوم الثالث ، ولا يحسب اليوم الأول إن سبقه الفجر ، ولا تلفق الثلاثة ، ولا فرق بين الحر ، والعبد ، والذكر ، والأنثى ، ويطعم من ماله دون عياله .

قوله : (ومن باع بيع ربا) أردا نوعا من أنواع الربا ، وهو بيع ربوى بأكثر منه من جنسه ، ولو حلالا لأجل .

قوله : (إلا أن يعذر بجهل) بأن جهل كونه حراما ، كحديث عهد بالإسلام ، فظهر من ذلك أن الاستثناء منقطع .

قوله : (فإن فات فليس له إلا رأس ماله) لأنه أراد به ربا الجاهلية الذى أشار له المصنف ، فإنه لا يأتى فيه قوله : فإن فات فليس له إلا رأس ماله ، كما هو ظاهر عند التأمل .

تنبيه : فإن قبض بأكثر من رأس ماله رده لربه إن عرفه ، وإلا تصدق به ، وإن أسلم كافر فهو له إن قبضه قبل إسلامه ، وإلا فلا يحل له أخذ ما زاد على رأس المال بل يسقط عمن هو عليه .

قوله : (للعهد) أى : المعهود خارجا علما ، لا ذكرا صريحا ، أو كناية على طريقة فن

الْجَاهِلِيَّةِ) وهى ما كان قبل الإسلام (فِي الدُّيُونِ إِمَّا أَنْ يَقْضِيَهُ) دينه (وَإِمَّا أَنْ يُرْبِيَ) أى يزيد (لَهُ فِيهِ) ما ذكره أحد أنواع الربا ، لأنه على ثلاثة أنواع : **ربا نساء**

المعانى ، أو المعهود ذهنا على طريقة النحويين . وقال بعضهم : المراد به كل بيع التفاضل فيه حرام ، لأن الربا فى اللسان الزيادة ، فعلى هذا الألف واللام لتعريف الجنس ، كما ذكره فى التحقيق .

قوله : (وهى ما كان قبل الإسلام) أى الأزمنة التى كانت قبل الإسلام أفاده بعض المفسرين ، فقول المصنف : ربا الجاهلية على حذف مضاف ، أى : ربا أهل الجاهلية ، نسبة إلى الجهل بقسميه مركبا وبسيطا .

قوله : (إما أن يقضيه دينه) لا يخفى أن بتقدير دينه مفعولا ليقضيه يعلم أن الضمير فى يقضيه لرب الدين ، ويحتمل – بقطع النظر عن كلامه – أن يعود على الدين ، وضمير له يعود على رب الدين ، وضمير يربى عائد على من عليه الدين ، وضمير فيه يعود على الدين . وبعد هذا كله ، فنقول فى عبارة المصنف شىء ، لأن قضاء دينه ليس من الربا ، فالمناسب أن يقول : وكان ربا الجاهلية فى الديون أنه إذا حل الأجل ولم يقضه دينه يزيد له فيه ، أى : أن رباهم تلك الزيادة فى الحالة المذكورة ، وفى معنى ذلك فسخ ما فى الذمة فى مؤخر من غير جنس الدين ؛ وهل قوله فى الديون لبيان الواقع ، أو كانوا يتعاطون بقية أنواع الربا فيكون للاحتراز عنها ؟

قوله : (وإما أن يربى أى يزيد له فيه) أى : ويؤخره ، وسواء كانت الزيادة فى القدر ، أو الصفة ، وإن وقع وأخر لم يستحق صاحب الدين إلا رأس ماله . وفى معنى الزيادة فى الحرمة : أن يتفق معه قبل انقضاء الأجل على أن يؤخره أجلا ثانيا على أن يدفع له رهنا ، أو حميلا ، لئلا يلزم عليه سلف جر نفعا ، وأما إذا أخذ الرهن أو الحميل عند الأجل على أن يؤخره بعد الأجل ، فذلك جائز لأنه كابتداء سلف على رهن أو حميل . ومن ربا الجاهلية فسخ ما فى الذمة فى مؤخر مخالف لجنس ما فى الذمة وإن ساوت قيمته حين التأخير قدر الدين .

قوله : (لأنه على ثلاثة أنواع) كذا فى التحقيق **وتت** ، ولعله اصطلاح لبعض تبعه الشيخان ، وظاهر . ما وقفت عليه حين كتبى هذا من شراح خليل أنه نوعان فقط ، وانظره .

قوله : (ربا نساء الخ) فيه شىء ، بل فيه ربا الفضل أيضا .

وهو هذا ، وربا **مزابنة** ، وهو : بيع معلوم بمجهول ، أو مجهول بمجهول من جنسه . وربا **فضل** وهو ما أشار إليه بقوله : (وَمِنَ الرِّبَا فِي غَيْرِ النَّسِيئَةِ) بالمد والهمز كخطيئة (بَيْعُ الْفِضَّةِ بِالْفِضَّةِ يَدًا بِيَدٍ مُتَفَاضِلاً وَكَذَلِكَ) منه (الذَّهَبُ) أى بيع الذهب (بِالذَّهَبِ) يدا بيد متفاضلا ، والأصل فى منعه ما صح من قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لاَتَبِيعُوْا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلاَ تُشِفُّوْا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ ، وَلَا تَبِيعُوْا الوَرِقَ بِالوَرِقِ إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ » [1] الحديث .

قوله : (مزابنة) مأخوذ من الزبن وهو الدفع .

قوله : (وهو بيع معلوم) اعترض على هذا التعريف بأنه غير جامع لعدم تناوله بيع إردب سمسم بقنطار من زيته ، فإن ذلك لا يجوز للمزابنة .

تنبيه : يجوز إن كثر أحدهما فى غير ما يدخله ربا الفضل شمل ما يدخله ربا النساء وما لا يدخله ربا أصلا ، فيجوز بيع الفاكهة من جنسها إذا تبين الفضل ، لكن بشرط النقد ؛ وأما ما يدخله ربا الفضل ، فلا يجوز عند اتحاد الجنس ، وإلا فلا نزاع فى الجواز .

قوله : (من جنسه) احترز بذلك مما إذا اختلف الجنس ولو بناقل ، فإنه يجوز كبيع إناء نحاس بنحاس كانا جزافين ، أو كان الجزاف أحدهما .

قوله : (بيع الفضة بالفضة) سواء كانا مسكوكين ، أو مصوغين ، أو مختلفين .

قوله : (يدا بيد) أى ذا يد كائنة مع يد كناية عن كونهما مقبوضين ، وكلاهما أعنى يدا بيد ومتفاضلا حالا ، إلا أن الأول حال منهما والثانى حال من الأحد المقدر ، والتقدير إلا فى حالة كونهما مقبوضين ، وحالة كون أحدهما ذا فضل على صاحبه ، فالمفاعلة ليست على بابها ولأجل ذلك لم يقل متفاضلين .

قوله : (إلا مثلا بمثل) أى : إلا حال كونهما متماثلين ، أى : متساويين ، أى : مع الحلول والتقابض بالمجلس .

قوله : (ولا تشفوا) بضم الفوقية وكسر الشين المعجمة وضم الفاء المشددة ، أى : لا تفضلوا . والشف – بكسر الشين – الزيادة ، ويطلق على النقصان من أسماء الأضداد ، قاله الحطاب .

قوله : (الحديث) تمامه : وَلَا تَبِيعُوْا مِنْهَا غَائِباً بِنَاجِزٍ . أى : لما فى التأخير من ربا النساء .

---

(١) الموطأ : ٦٣٣/٢ و ٦٣٤ و ٦٣٥ وهو أيضا فى البخاري ومسلم .

واستثنوا من اعتبار المماثلة مسائل منها : المبادلة وهى : أن يعطي ستة دنانير أو دراهم أو أقل مسكوكة عدًّا بأوزان منها سدسا سدسا فأقل فى كل درهم ، ثم صرح بمفهوم متقاضلا زيادة إيضاح فقال : (وَلَا يَجُوزُ) بيع (فِضَّةٍ بِفِضَّةٍ

فحاصله : أنه ﷺ قد جمع فى هذا الحديث بين ربا الفضل وربا النساء ، أما ربا الفضل فقوله ﷺ : « مِثْلاً بِمِثْلٍ وَلَا تُشِفُّوا بَعْضَهَا عَلَى بَعْضٍ » . وأما ربا النسيئة فقوله ﷺ : « لَا تَبِيعُوا مِنْهَا غَائِباً بِنَاجِزٍ » .

قوله : (منها الخ) أى : ومنها المسافر يكون معه العين غير مسكوكة ، ولا تروج معه فى المحل الذى سافر إليه ، فيجوز دفعها للسكاك ليدفع له بدلها مسكوكا ، ويجوز له دفع أجرة السكة ، وإن لزم عليه الزيادة ، لأن الأجرة زائدة ، وعلى كونها عرضا تفرض مع العين عينا ، وإنما أجيزت للضرورة ، لعدم تمكن المسافر من السفر عند تأخيره لضربها وغير ذلك من مسألة إعطاء درهم وأخذ نصفه ويأخذ بالنصف الآخر طعاما ، انظره فى شرح خليل .

قوله : (سدسا الخ) أى : لأنه الذى تسمح به النفوس .

قوله : (فى كل درهم) الأَوْلى فى كل دينار ، وإن كانت الدراهم كذلك إلا أنه فرضه فى الدنانير .

واعلم أن تلك المبادلة لابد لها من شروط : أن تقع بلفظ المبادلة ، وهو ما أشار إليه الشارح بقوله : مبادلة ، أى : بهذا اللفظ ، وأن تكون مسكوكة لا مكسورا ، وتبراً ، ولا يشترط اتحاد السكة على الراجح ، وقد أشار الشارح لذلك بقوله : مسكوكة ، وأن يكون التعامل به عدا ولا وزنا ، وإليه أشار الشارح بقوله : عدا ، وأن يكون دون سبعة ، وإليه أشار بقوله : أن يعطى ستة دنانير ، فلو زادت على الستة ولم تصل للسبعة فيمتنع ، ولله درّ الشارح حيث قال : ستة . وأن يكون واحدا بواحد لا واحدا باثنين ، وأن يكون على وجه المعروف لا على وجه المبايعة .

وهذه الشروط لا تعتبر إلا إذا كانت الدراهم من أحد الجانبين أو وزن ، فإن كانت مثلها فى الوزن جازت المبادلة فى القليل والكثير ، ولا يشترط شرط من الشروط .

قوله : (والفضة) قال الأصمعى : سميت الفضة فضة لانفضاضها لأنها تنفض وتنكسر ، وسمى الذهب ذهبا لأنه يذهب من يد صاحبه بالقرب ، أو لأنه يذهب عن صاحبه الفقر والبؤس . قال فى التحقيق : وكأن هذا أقرب ؛ والله أعلم .

وَلَا ذَهَبٍ بِذَهَبٍ إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ وَالْفِضَّةِ بالذَّهَبِ رِباً إِلَّا يَدًا بِيَدٍ) .

ولما أنهى الكلام على الربا فى النقدين ، انتقل يتكلم على الربا فى الطعام (وَ) قسم ذلك ستة أقسام : (الطَّعَامُ مِنَ الْحُبُوبِ) القمح ، والشعير ، والسلت (وَ) من (القِطْنِيَّةِ) – بكسر القاف وفتحها – الفول ، والحمص ، والبسيلة ، وأولاها

أقول : ولا يخفى أن علة التسمية لا تقتضى التسمية .

قوله : (إلا يدا بيد) أى : فيجوز ولو اختلفا فى العدد .

تنبيه : بيع العين بالعين على ثلاثة أقسام : مراطلة ، ومبادلة ، وصرف .

فالمراطلة : بيع النقد بمثله وزنا .

والمبادلة : بيع النقد بمثله عددا .

والصرف : بيع الذهب بالفضة ، أو أحدهما بفلوس .

وتجب المناجزة فى الجميع ، ويفسد العقد فى الجميع بعدمها ولو قريبا ، أو غلبة . وأما المساواة فتجب فى المراطلة ، وفى المبادلة على ما تقدم .

واختلف فى علة الربا فى النقود ، فقيل : غلبة الثمنية ، وقيل : مطلق الثمنية ، وعلى الأول تخرج الفلوس الجدد فلا يدخلها الربا ، ويدخلها على الثانى . وإنما كانت علة الربا فى النقود ما ذكر ، لأنا لو لم نمنع الربا فيها لأدى ذلك إلى قلتها فيتضرر بها الناس ، كما قاله اللقانى . وحمل قول مالك فى الفلوس على الكراهة للتوسط بين الدليلين ، كما قاله خليل فى توضيحه .

قوله : (القمح والشعير والسلت) فيه قصور ، فالأحسن عبارته فى التحقيق حيث قال – بعد قوله من الحبوب ذوات السنابل – وهى : القمح ، والشعير ، والسلت ، وذوات الأغلاف وهى : الذرة ، والدخن ، والأرز اهـ ومفاده أن القطنية ليست من الحبوب ، ولأجل ذلك جعلها فى التحقيق ذات المزاود ، فالأقسام ثلاثة .

قوله : (بكسر القاف) أى : أو ضمها ، وسكون الطاء المهملة ، وكسر النون ، والياء المشددة ، وحكى تخفيفها ، وتجمع على قطانى .

قوله : (والبسيلة) هى المعروفة عند أهل مصر بالبسيلة .

الجلبان ، والكرسنة (وَ) من (شِبْهِها) أى القطنية (مِمَّا يُدَّخَرُ مِنْ قُوتٍ) وهو ما تقوم به بنية الآدمية كاللحم والسمن (أَوْ إِدَامٍ) وهو ما يتبع القوت من مصلحاته : كالملح ، والبصل (لَا يَجُوزُ) خبر عن قوله : والطعام أى : الطعام كله لا يجوز (الْجِنْسُ) أى بيع الجنس الواحد (مُنْهِ بِجِنْسِهِ إِلَّا مِثْلاً بِمِثْلٍ يَدًا بِيَدٍ) وقوله (وَلَا يَجُوزُ فِيهِ تَأْخِيرٌ) تأكيد لقوله : يدا بيد . وتعتبر المماثلة بالمكيال

قوله : (والكرسنة) – بكسر الكاف وتشديد النون – قال **تت** : قريبة من البسيلة وفى لونها حمرة . الباجى : هى البسيلة .

وترك الشارح من القطانى ثلاثة : الترمس ، واللوبيا ، والعدس . فالقطانى ثمانية بزيادة الكرسنة على أنها قريبة من البسيلة .

وسميت القطنية قطنية لأنها تقطن بالمحل ، ولا تفسد بالتأخير .

قوله : (ومن شبهها أى القطنية) جعل ما ذكر مشبها للقطنية دون الحبوب مع أنه يشبه كلا منهما ، أى : فى الاقتيات والادخار ، لا فى الصفة أشار له **تت** .

قوله : (وهو ما تقوم به الخ) تفسير للقوت المشبه .

فقوله : (كاللحم والسمن) من تتمة التعريف ، وإلا فهو شامل للحب ، والقطانى وأدخلت الكافُ - كما أشار له فى التحقيق – التمر ، والزبيب ، والزيت .

قوله : (كالملح والبصل) لا يخفى أن جعله مصلحا ينافى كونه أدما .

قوله : (وتعتبر المماثلة) أى من كيل أو وزن .

قوله : (بالمكيال الشرعى إن وجد) أى واعتبرت المماثلة الشرعية فى الربوى بمعيار الشرع ، فلا يخرج عنه خشية الوقوع فى الربا ، فلا يباع قمح مثلا بمثله وزنا ، ولا نقد بمثله كيلا ، والمراد بالكيل والوزن الشرعيين . ما وضعهما السلطان ، كذا ذكروا ، أى فما اعتبره السلطان من كيل أو وزن عمل عليه ، كما أفاده فى التحقيق .

فقضية ما ذكروا : ولو خالف وضع السلطان وضع من قبله ، كأن يكون وضع من قبله الكيل فى القمح ، ووضع هو الوزن فيه .

فإن لم يحفظ عن الشارع فى شىء من الأشياء معيار معين ، فبالعادة العامة كاللحم والجبن فى كل بلد ، أو الخاصة كالأرز المختلف العادة فيه باختلاف البلدان ، فلا يخرج فى بلد

الشرعى إن وجد ، وإلا فالعادى . وأخذ من قوله : مما يدخر إلى آخره ، أن علة ربا الفضل فى الطعام الاقتيات والادخار ، وهو المشهور . ولا حد للادخار على المشهور ، وإنما يرجع فيه إلى العرف .

عما اعتادته ، ولو اعتيد بوجهين اعتبر بأيهما إن تساويا ، وإلا فأكثرهما ، فإن لم يكونا موزونين ولا مكيلين ، كالبيض فبالتحرى ، وإن اقتضى مساواة بيضة ببيضتين ، فإن عسر الوزن فيما اعتبرت فيه المماثلة عن الشارع وزنا لكونه فى سفر أو بادية ، جاز التحرى إن لم يتعذر تحريه لكثرته جدا . وأما الكيل والعدد فلا يعسران ، إذ يجوز الكيل بغير المعهود ، كذا فى شرح الخرشى .

قوله : (وأخذ من قوله الخ) فيه بحث لما تقدم أنه أشار به لنوع من الربوى ، فلا يكون إشارة لعلة عامة فى جميع أنواع الربوى إلا أن يقال : إن العلة لما اتحدت فى الواقع صح الأخذ بهذا الاعتبار .

قوله : (إن علة الخ) أى علامة ، وليس المراد بها المؤثرة إذ المؤثر هو الله تعالى وحده على مذهب أهل السنة .

قوله : (ربا الفضل) وأما علة حرمة ربا النساء فهى مطلق الطعمية على وجه الغلبة لا للتداوى . وأما علة حرمة ربا المزابنة فهى الغرر فيما يظهر لى ، وانظره ولأجل ذلك حرم ولو فى غير المطعوم .

قوله : (الاقتيات) معناه قيام بنية الآدمى به ، ومعنى الادخار : عدم فساده بالتأخير إلى الأمر المبتغى منه عادة ؛ فلو ادخر لا على وجه العادة كالبطيخ والتفاح فى بعض الأقطار فلا يضر ذلك ، والادخار إما بالشخص وهو واضح ، أو بالنوع : كاللبن لأنه وإن لم يكن موجودا بشخصه إلا أنه موجود بالنوع ، فبقاء النوع منزل منزلة الموجود ، فهو وإن لم يدخر فهو موجود نوعا ويجلب فى كل يوم . وفى العبارة حذف ، والتقدير والاقتيات والادخار والإصلاح فى المصلح من فلفل وملح ونحو ذلك .

تنبيه : إنما كان الاقتيات والادخار علة لحرمة الربا فى الطعام لخزن الناس له حرصا على طلب وفور الربح فيه لشدة الحاجة إليه .

قوله : (وهو المشهور) زاد فى التحقيق وهو قول الأكثر والمعول عليه ، ومقابله أقوال : الاقتيات ، والادخار ، وعلبة العيش ، والاقتيات فقط ، والادخار للأكل غالبا فقط ، فالتين والزيت والبيض والجراد ربوية .

قوله : (ولا حد للادخار على المشهور) ومقابله ما حكاه التادلى أنه سمع فى بعض المجالس أن حده ستة أشهر فأكثر .

ثانيها أشار إليه بقوله : (وَلَا يَجُوزُ طَعَامٌ) أى بيعه (بِطَعَامٍ إلى أَجَلٍ كَانَ مِنْ جِنْسِهِ أَوْ مِنْ خِلَافِهِ كَانَ مِمَّا يُدَّخَرُ أَوْ لَا يُدَّخَرُ) .

ثالثها أشار إليه بقوله : (وَلَا بَأْسَ بـ)ـجواز بيع (الْفَوَاكِهِ وَ) بيع (البُقُولِ وَمَا لَا يُدَّخَرُ مُتَفَاضِلاً وَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ يَدًا بِيَدٍ) ع انظر قوله : وما لا يدخر ، هل هناك شيء زائد على هذين القسمين أم لا ؟ فيحتمل أن يكون قوله : وما لا يدخر تفسيرا ، يعنى وهو ما لا يدخر ، وذكر احتمالا آخر .

ثم قال : أما الفواكه التى لا تدخر أصلا : كالتفاح ، والمشمش ، يجوز فيها التفاضل اتفاقا ، وإن كانت تدخر نادرا فى قطر دون قطر كالكمثرى يجوز فيها التفاضل على المشهور ، وإن كانت تدخر غالبا كالجوز واللوز فأشار إليه بقوله : (وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الْجِنْسِ الْوَاحِدِ فِيمَا يُدَّخَرُ مِنَ الْفَواكِهِ الْيَابِسَةِ) ما قاله

قوله : (كان من جنسه) كقمح مثلا .

قوله : (كان مما يدخر) كالقمح والشعير .

وقوله : (أو لا يدخر) كالرمان ، والبطيخ ، لدخول ربا النساء فى كل المطعومات ؛ فما يفعله أهل البوادى من شراء البصل ونحوه من على الباب ، ثم يدخلون ويأتون بالطعام ليس بجائز ، ذكره الجزولى .

قوله : (بجواز بيع) الأَوْلى أن يقول : أى يجوز لأن لا بأس بمعنى يجوز .

قوله : (وذكر احتمالا آخر) وهو ويحتمل أن يريد به العنب الذى لا يتزبب على قول بعدم جريان الربا فيه ، وكذلك التمر الذى لا يتتمر لأنه اختلف هل يجوز فيه التفاضل أم لا وهل يعتبر بأصله أو بحاله ؟ فمن اعتبره بأصله أجرى فيه الربا ، ومن اعتبره بحاله لم يجر فيه الربا اهـ . وبعضهم قال : بيع الفواكه : كالخوخ ، والمشمش .

قوله : (والبقول كالخس) والهندبا من كل ما يخرج من أصله .

وقوله : (وما لا يدخر) أى : وكل ما لا يدخر من الخضر وهى كل ما يخرج من بقاء أصله كالملوخية ، والأمر واضح عليه .

قوله : (على المشهور) ومقابله المنع بناء على أن العلة الادخار فقط .

قول ضعيف فى المذهب ، والمشهور جواز التفاضل فيها مناجزة ؛ وهذا هو القسم الرابع .

وأما البقول إن كانت لا تدخر أصلا : كالخس ، فيجوز التفاضل فيها وإن كانت لا تدخر غالبا ، وتدخر نادرا فى بعض البلاد : كاللفت بالخل ، فيجوز التفاضل فيها على المشهور ، وإن كانت تدخر غالبا : كالثوم والبصل امتنع التفاضل فيها وقوله : (وَسَائِرِ الإِدَامِ وَالطَّعَامِ) تكرار مع ما ذكره فى القسم الأول ، كرره ليرتب عليه قوله : (وَالشَّرَابِ) مثل العسل والخل ، أى : يمتنع التفاضل فيه (إِلَّا المَاءَ وَحْدَهُ) فإنه يجوز التفاضل فيه ، وبيعه بالطعام إلى أجل على المشهور فيهما .

قوله : (ضعيف فى المذهب) مبنى على أن العلة الادخار فقط كما فى بعض الشراح .

قوله : (مثل العسل) العسل المختلف الأصل أجناس لاختلاف الأغراض فى استعمالها ؛ وأما الخلول فكلها صنف واحد ، لأن الغرض منها الحموضة ، كما أن الأنبذة جنس واحد ، لأن المبتغى منها الشرب ، والمراد بالنبيذ ما بقى على حلاوته ولم ينته إلى الحموضة ، كما فى بهرام .

قوله : (إلا الماء وحده) اعلم : أن الماء على قسمين : **أحدهما** : العذب هو ما يمكن شربه ولو عند الضرورة كالقيسونى وهو جنس واحد ، **وثانيهما** : الأجاج وهو ما لا يشرب لمرارته كالبحر المالح وهو جنس آخر ، فيجوز بيع أحد الجنسين بالآخر ولو متفاضلا إلى أجل . وأما بيع الماء من جنسه فإن كانا متساويين جاز ولو إلى أجل ، وأما عند اختلافهما بالقلة والكثرة فلا يجوز إلا يدا بيد ويمتنع إلى أجل ، لأن القليل إن كان هو المعجل ففيه سلف جر نفعا ، وإن كان المعجل هو الكثير ففيه تهمة ضمان بجُعل .

قوله : (على المشهور فيهما) أى : فى المسألتين مسألة التفاضل وبيع الطعام إلى أجل ، والخلاف فى العذب كما أفاده صريح بعضهم ، فالمقابل فى الأول جعله ربويا ، خرجه من رواية ابن نافع منع بيعه بالطعام لأجل ، وهى ضعيفة ، وتعقب ذلك التخريج بأن ربا النساء أعم من ربا الفضل ، فلا يلزم من وجوده وجود ربا الفضل .

خامسها أشار إليه بقوله : (وَمَا ٱخْتَلَفَتْ أَجْنَاسُهُ مِنْ ذَلِكَ) أى : من الشراب (وَمِنْ سَائِرِ الْحُبُوبِ وَالثِّمَارِ بالطَّعَامِ فَلَا بَأْسَ بالتَّفَاضُلِ فِيه يَدًا بِيَدٍ) لحديث : « فَإِذَا ٱخْتَلَفَتْ هَذِهِ ٱلأَجْنَاسُ فَبِيعُواْ كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ » (١) .

سادسها أشار إليه بقوله : (وَلَا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِي الجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْهُ) أى من الطعام (إِلَّا فى الْخُضَرِ وَالْفَواكِهِ) وفى كلامه تكرار مع ما تقدم .

ولما ذكر أن الجنس الواحد لا يجوز إلا مناجزة ، أراد أن يبين ما هو فقال : (وَالْقَمْحُ وَالشَّعيرُ وَالسُّلْتُ) وهو ضرب من الشعير ليس له قشر كأنه حنطة

قوله : (لحديث الخ) أى فى صحيح مسلم عن عبادة بن الصامت عنه عليه الصلاة والسلام : « ٱلذَّهَبُ بِٱلذَّهَبِ ، وَٱلفِضَّةُ بِٱلفِضَّةِ ، وَٱلبُرُّ بِٱلبُرِّ ، وَٱلشَّعِيرُ بِٱلشَّعِيرِ ، وَٱلتَّمْرُ بِٱلتَّمْرِ ، وَٱلْمِلْحُ بِٱلْمِلْحِ ، مِثْلاً بِمِثْلٍ ، سَوَاءً بِسَوَاءٍ يَدًا بِيَدٍ ، فَإِذَا ٱخْتَلَفَتْ هَذِهِ ٱلأَجْنَاسُ فَبِيعُوا كَيْفَ شِئْتُمْ إِذَا كَانَ يَداً بِيَدٍ » (١) .

قوله : (إلا فى الخضر والفواكه) شمل كلامه ما يدخر منها ، وهو مخالف لقوله سابقا فيما يدخر من الفواكه اليابسة ، لكن قدم الشارح أن المشهور جواز التفاضل فيها ، وهذا مما يؤيد اعتراض الشارح عليه ، والفرق بين جواز ذلك فى الخضر والفواكه وبين منعه فى الطعام ، أن الطعام فيه الاقتيات والادخار بخلاف هذا ، فإنه وإن ادخر بعضه لا يقتات غالبا .

قوله : (وفى كلامه تكرار) علله فى التحقيق بقوله : لأن المستثنى منه علم حكمه من القسم الأول وحكم المستثنى علم من القسم الثالث ، غير أنه ذكر هنا مع الفواكه الخضر وذكر معها هناك البقول اهـ .

قوله : (ضرب) أى نوع .

---

(١) أوله فى الموطأ : ٦٣٣/٢ . مسلم فى البيوع باب الربا : ٢٥/٢ طبع الهند . سنن الدارقطنى ٢٩٦ طبع الهند . الترمذى كتاب البيوع ١٦/١ طبع الهند وقال حسن صحيح .

(كَجِنْسٍ وَاحِدٍ فِيما يَحِلُّ مِنْهُ وَيَحْرُمُ) الكاف زائدة ما ذكره فى الأولين هو المذهب ؛ وقيل هما جنسان ، وصححه ابن عبد السلام ؛ ودليل كل نقلناه فى الأصل . ابن بشير اتفق المذهب على أن طحن هذه الحبوب لا يخرجها عن أصولها ، ولا يجوز بيع القمح بالدقيق متفاضلا وكذلك لا يجوز بيع الدقيق بالعجين ، لأنه

قوله : (كجنس واحد) أى : لتقاربهما فى المنفعة .

وقوله : (فيما يحل) أى من التماثل والتناجز .

وقوله : (ويحرم) أى من عدم ذلك .

قوله : (الكاف زائدة) أجيب بأن معنى قوله : كجنس واحد ، أى متفق عليه ، وأما اتحاد جنسية هذه الثلاثة ففيها خلاف فلم يلزم اتحاد .

قوله : (ودليل كل نقلناه فى الأصل) عبارة التحقيق : قال السيورى ، وعبد الحميد : إنهما جنسان أى : القمح ، والشعير ، وهو قول الشافعى ، وأبى حنيفة وابن عبد السلام : وهو الصحيح ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « ٱلتَّمْرُ بِٱلتَّمْرِ ، وَٱلحِنْطةُ بِٱلْحِنْطَةِ ، وَٱلشَّعِيرُ بِٱلشَّعِيرِ ، وَٱلْمِلْحُ بِٱلْمِلْحِ ، مِثْلاً بِمِثْلٍ ، يَداً بِيَدٍ ، فَمَنْ زَادَ أَوِ اسْتَزَادَ فَقَدْ أَرْبَى » [١] وقال ك : وتمسك أهل المذهب بما فى الموطأ : « أَنَّ سَعْدَ بنَ أَبِى وَقَّاصٍ فَنِى عَلَفُ حِمَارِهِ فَقَالَ لِغُلَامِهِ خُذْ مِنْ حِنْطَةِ أَهْلِكَ فَابْتَعْ بِهَا شَعِيراً وَلَا تَأْخُذْ إِلَّا مِثْلَهُ » [٢] وهذا دليل على أن الأمر كان فاشيا بأنها جنس . وتكلم مالك على عادة أهل الحجاز ، لأن الأحكام عليهم نزلت أولا ، والناس تبع لهم فيهما ، فيلتفت إلى عوائدهم ، وإذا ثبت أن القمح ، والشعير ، صنف واحد فإن السلت يلحق بهما بلا خلاف فى المذهب اهـ كلام التحقيق . والشيخ زروق بعد أن ذكر الخلاف فى القمح والشعير قال : وفى إجراء الخلاف فى السلت مثلهما نظر ، والأظهر عدمه .

قوله : (ولا يجوز) المناسب التفريع .

قوله : (بيع القمح بالدقيق متفاضلا) أى : وأما متماثلا فيجوز ، وهل الجوازان وزنا ، وهو حمل ابن القصار ، أو الجواز مطلقا أى : وزنا أو كيلا ، وهو حمل غيره ؟

قوله : (وكذلك لا يجوز بيع الدقيق بالعجين) فيه نظر ، بل يجوز بيع العجين

---

(١) الترمذى كتاب البيوع ١٦/١ طبع الهند وقال حسن صحيح .
(٢) الموطأ : ٦٤٥/٢ و ٦٤٦ .

رطب بيابس من جنسه (وَالزَّبِيبُ كُلُّهُ) أعلاه ورديئه ، أسوده وأحمره ، (صِنْفٌ) واحد يجوز فيه التماثل ، ويحرم فيه التفاضل (وَ) كذلك (التَّمْرُ) يابسه (كُلُّهُ) على اختلاف أنواعه قديما وجديدا (صِنْفٌ) واحد يجوز بيع بعضه ببعض متماثلا ،

بالدقيق لكن يتحرى ما فى العجين من الدقيق ، هذا إذا كان من جنس واحد ربوى ، وإلا فيجوز من غير تحر .

قوله : (والزبيب) وكذا العنب كله جنس ، فيجوز فى كل جنس مما ذكر التماثل ، ويحرم فيه التفاضل .

قوله : (أعلاه) أى : جيده .

قوله : (وكذلك التمر يابسه) لا يخفى أن التمر لا يكون إلا يابسا ، فلا وجه لقوله يابسه بالضمير ، وعبارة التحقيق : اليابس . فهو وصف كاشف ، ويجاب بجعل الإضافة للبيان ، وكلامه يقتضى أن التمر صنف والرطب صنف ، وليس كذلك .

واعلم : أن ثمر النخل إما بلح صغير ، أو كبير ، أو بسر ، أو رطب ، أو تمر ، فالأقسام خمسة لا ستة ، وكل واحد من الخمسة إما أن يباع بمثله ، أو بغيره ، فهى خمس وعشرون صورة ، المكرر منها عشرة ، وباقى ذلك خمسة عشر وهى : بيع البلح الكبير بمثله ، وبالثلاث بعده ، وبيع البسر بمثله ، وبالإثنين بعده ، وبيع الرطب بمثله ، وبالتمر ، وبيع التمر بالتمر .

والجائز من هذه الصور بيع كل بمثله ؛ وبيع البلح الصغير بالأربع بعده ، والمراد بالصغير ما لم يبلغ حد الزاهى ، وأما ما بلغ حد الزاهى فهو ربوى ، بخلاف الذى لم يبلغ حد الزاهى ، فليس بطعام أصلا . وأما الطلع ، والإغريض فلا يتعلق بهما حكم .

وحاصل المسألة : أن كل شىء يدخله ربا الفضل يجوز بيعه بنوعه بشرط التماثل والتناجز إلا الرطب باليابس ، فلا يباع القمح اليابس بالبليلة ، ولا الفول اليابس بالنابت ، ولا النبيذ بالتمر ، أو الزبيب متماثلا وأولى متفاضلا ، بخلاف الخل فيجوز بيعه بها ولو متفاضلا ، لبعد الخل عن التمر والزبيب ، وأما الخل والنبيذ فيجوز بيع أحدهما بالآخر مع التماثل والتناجز ؛ ولعل وجهه لقرب الخل من النبيذ .

قوله : (قديما وجديدا الخ) فيجوز فيه التماثل ، كما قال الشارح ؛ وقال ابن عبد الحكم

ويحرم متفاضلا ، كما فى الصحيحين عنه عليه الصلاة والسلام (وَالْقَطْنِيَّةُ) المتقدم ذكرها (أَصْنَافٌ فى) باب (الْبُيُوعِ وَ) هذا ليس متفقا عليه بل (آخْتَلَفَ فِيهَا قَوْلُ) الإمام (مَالِك) رحمه الله ، فرواية ابن القاسم : أنها أصناف . ورواية ابن وهب أنها صنف (وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ فى) المدونة فى باب (الزَّكَاةِ أَنَّهَا صِنْفٌ وَاحِدٌ) .

ولما أنهى الكلام على ما اتحد من الأجناس ، واختلف من الحبوب والقطانى ، انتقل يبين ما اتحد من أجناس القوت فقال : (وَلُحُومُ ذَوَاتِ الْأَرْبَعِ مِنَ الْأَنْعَامِ)

لا يباع جديد بقديم ، لأنه جاف برطب من جنس واحد ، وهو ضعيف .

قوله : (ولم يختلف قوله فى المدونة أنها صنف الخ) رفقا بالفقراء .

وقوله : (فى المدونة) أى فلا ينافى ما قاله فى الموازية : أنها أصناف ، ومعلوم أن المدونة يقدم ما فيها على الموازية .

والحاصل على ما فى **تت** : أنه قيل إنها صنف واحد فى البابين ، وقيل أصناف فيهما ، وقيل صنف واحد فى الزكاة وأصناف فى البيوع ، أى : وهو المشهور .

والأرز ، والدخن ، والذرة ، أجناس من غير نزاع فى البيوع والزكاة .

ومحل منع التفاضل فى الجنس الواحد المقتات مقيد بما إذا لم ينتقل عن أصله ، وإلا جاز بشرط أن يكون بأمر قوى بحيث يبعد عن أصله ، وذلك كقلى القمح ، أو طبخه ، أو جعله خبزا ، لا بطحنه ولو عجن ، ولا بسلقه إلا الترمس ، فإنه يصير جنسا آخر بسلقه ووضعه فى الماء حتى صار حلوا ، وأما سلق القمح ، أو الفول ، أو الحمص ، فإنه لا ينقل فلذا لا يباع اليابس بالمسلوق منها .

قوله : (من الحبوب الخ) لف ونشر مرتب ، فقوله ، من الحبوب ، ناظر لقوله : ما اتحد ، وقوله : والقطانى ، ناظر لقوله : واختلف ، ولا يخفى أنه قد ذكر مما اتحد جنسه غيرهما من الزبيب والتمر .

قوله : (من أجناس القوت) أى المقتات ، وأراد الجنس اللغوى الشامل للنوع ، ولا يخفى أن ظاهره أن ما تقدم ليس من أجناس القوت ، وليس كذلك .

قوله : (ولحوم ذوات الأربع) ولو اختلفت صفة طبخه ، ولا فرق بين كون طبخها

الإبل ، والبقر ، والغنم ، والمعز ، (وَ) من (الْوَحْشِ) كالغزال وبقر الوحش كله (صِنْفٌ) واحد يجوز بيع بعضه ببعض متماثلا ، ويحرم متفاضلا (وَ) كذلك (لُحُومُ الطَّيْرِ كُلِّهِ) إنسيه ووحشيه ، وإن كان طير ماء (صِنْفٌ) واحد (وَ) كذلك (لُحُومُ دَوَابِّ الماءِ كُلِّهِ صِنْفٌ) واحد (وَمَا تَوَلَّدَ مِنْ لُحُومِ الْجِنْسِ الوَاحِدِ مِنْ شَحْمٍ فَهُوَ كَلَحْمِهِ) فلا يباع شحم بهيمة الأنعام بلحمها إلا مثلا

بأبزار أم لا ، وما يقال من أن الطبخ بالأبزار ناقل ، فالمراد ناقل له من اللحم الذى لم يطبخ ، ومراده ذوات الأربع أى : المباحة ، وأما المباح مع المكروه مثل : السبع ، والضبع ، والهر ، فلا يحرم التفاضل بينهما بل يكره فقط ، كما هو مفاد المدونة ، وأبقاها بعضهم على ذلك ، وبعضهم حمل الكراهة على التحريم ، وفى المدونة ، ولا بأس بلحم الأنعام بالخيل وسائر الدواب نقدا ومؤجلا ، لأنه لا يؤكل لحمها .

قوله : (ولحوم الطير الخ) أى : المباح ، وأما المباح مع المكروه مثل الوطواط فيكره التفاضل فقط ، لأن الطير عندنا كله مباح ما عدا الوطواط ، ففى **عج** : والظاهر أنه يجرى فى مكروه الأكل من الطير ما جرى فى مكروه الأكل من ذوات الأربع .

قوله : (وإن كان طير ماء) أى طيرا بريا يلازم الماء .

قوله : (وكذلك لحوم دواب الماء) أى : من سمك ، وتمساح ، وآدمى الماء ، وكلبه ، وخنزيره الحى ، والميت ، ولو اختلفت مرقته ، ولا ينتقل الصيرُ (*) بتمليحه عن أصله . وفى **عج** : أن البطارخ فى حكم المودع فى السمك وليس من جنسه ، فيباع بالسمك ولو متفاضلا ، كما يباع الطير ولحمه ببيضه ولو متفاضلا .

قوله : (من شحم) أى : أو كبد ، أو قلب ، أو طحال ، أو رأس ، بل العظم والجلد ، والمرق ، كذلك . لكن إن كان العظم متصلا فالأمر واضح فى حرمة التفاضل ، وأما لو انفصل عن اللحم ، فلا يكون كهو إذا كان يمكن أكله كالقرقوشة ، لا إن لم يمكن فيصير أجنبيا ، كنوى البلح .

ومحل كون اللحم جنسا ما لم ينقل اللحم عن أصله ، وإلا جاز التفاضل . والنقل يكون بالطبخ مع شىء من الأبزار ولو كأرز ، أو بصل زيادة على الملح ، ومثل طبخه بالأبزار :

(*) الصير : السمك المملوح كالسردين وغيره .

بمثل ، يدا بيد ، ولا شحم الحوت بالحوت إلا مثلا بمثل ، يدا بيد (وَأَلْبَانُ ذَلِكَ الصِّنْفِ) من الأنعام (وَجُبْنُهُ وَسَمْنُهُ صِنْفٌ) ظاهره جواز بيع بعضه ببعض متماثلا ، لأن ذلك شأن الصنف الواحد ، ك : ولم يجز ذلك مالك ولا أصحابه فانظره ، فإنه عندى من مشكلات الرسالة . وقال ق : قال الجزولى : تقدير كلامه : وألبان ذلك الصنف صنف وجبنه صنف ، وسمنه صنف ، فهؤلاء الأصناف الثلاثة يجوز بيع كل صنف بعضه ببعض متماثلا ، ولا يجوز متفاضلا ، انظر بقيته فى الأصل .

شيه ، أو تجفيفه بالشمس ، أو الهواء بأبزار ، وأما بغير أبزار فلا ينقل اللحم النيىء ، وإن نقله عن الحيوان الحى . ولو طبخ لحم من جنسين فى قدر أو قدور ، فإن كان بغير أبزار أو أحدهما فقط فهما باقيان على أصلهما ، وأما بأبزار فقيل باقيان على أصلهما ، وقيل صارا جنسا واحدا ، فيحرم التفاضل بينهما .

قوله : (من الأنعام) لا مفهوم لذلك بل جميع الألبان حتى من الآدمى صنف .

قوله : (ظاهره جواز الخ) أى : أن ظاهره جواز بيع اللبن بالسمن متماثلا ، وكذا بالجبن وليس كذلك .

قوله : (قال الجزولى) أى : جوابا عن هذا الإشكال ، لكن يَرِد إشكال على هذا الجواب وهو : إيهام جواز بيع اللبن الحليب بالسمن أو الجبن ، لأن كل واحد كجنس مستقل ، وليس كذلك لما فيه من المزابنة .

والجواب : أن الحكم على أن جميع الألبان صنف ، وجميع الأسمان صنف ، لا يقتضى أنها مع غيرها أصناف ، لأن المراد بكون جميع الألبان صنفا ، أنه لا يجوز التفاضل بين الألبان ، فلا ينافى أن الألبان مع الزبد صنف واحد ، وكذا مع الجبن .

واعلم : أن اللبن مع فروعه سبعة : حليب ، ومخيض ، ومضروب ، وجبن ، وزبد ، وسمن ، وأقط . والصور الحاصلة من بيع الأنواع ببعضها أو غيرها بعد إسقاط المكرر ثمان وعشرون . فبيع كل واحد بنوعه متماثلا جائز يدا بيد فهذه سبع ؛ ويجوز بيع الحليب ، والزبد ، والسمن ، والجبن ، بواحد من المخيض والمضروب متماثلا ، وهذه ثمان صور ، وكذا بيع المخيض بالمضروب متماثلا فهذه ستة عشر جائزة ، وبقى ثلاث مختلف فيها وهى : بيع الأقط بالمخيض

ثم شرع يبين نوعا من أصول الربا فقال : (وَمَنِ ٱبْتَاعَ طَعَامًا) ربويا كان

والمضروب ، وبيع الجبن بالأقط ، والباقية ممنوعة وهى : بيع الحليب بالزبد ، والسمن والجبن بالأقط ، وبيع الزبد بما بعده ، وبيع السمن بما بعده ، قال فى التحقيق : والمخيض والمضروب كلاهما لبن استخرج زبده ، فالمخيض الذى يمخض فى القربة ، والمضروب هو الذى يعمل آنية بصناعة حتى يخرج ما فيه من الزبد اهـ .

وذكر أيضا فى التحقيق عن الجزولى فى تتميم كلام الجزولى : أن محل جواز بيع الزبد بالزبد متماثلا ما لم يكن بعضه أيبس من الآخر ، لأنه رطب بيابس ، وكذا فى الجبن والأقط اهـ بالمعنى .

وفى **عج** : أنه يجوز بيع المخيض والمضروب بالجبن ، ولو كان الجبن منهما وليس هذا من بيع الرطب باليابس ، لأن التجبين ناقل .

وفى كلام غيره ، وهو الظاهر ، أن محل الجواز إذا كان الجبن من حليب ، وأما لو كان من مخيض أو مضروب فيمتنع ، لأنه رطب بيابس .

وقال **عج** : إن ظاهر كلامهم جواز بيع الجبن بالجبن متماثلا ، وإن كان أحدهما من الحليب والآخر من غيره ، وكذا فى الأقط بالأقط ، ولعل ذلك مراعاة لاتحاد منفعة الجبن المأخوذة من الحليب والمأخوذة من غيره ، وكذا فى أقط من حليب بأقط من غيره ، ثم إن وجه القول بجواز بيع المخيض والمضروب بالأقط : أن تجفيف الأقط ناقل ، ووجه القول بالمنع : أنه من باب بيع الرطب باليابس ، واستظهره الحطاب لذلك ، وظاهر كلامهم منع الحليب بالجبن والأقط ، ولو كان من مخيض أو مضروب .

ولعل وجهه : أنه لما كان الجبن من الحليب ومن غيره صنفا واحدا ، نزل الجبن من غيره منزلة الجبن منه ، وكذا يقال فى الأقط ، وفى منع بيع الزبد أو السمن بالجبن والأقط نظر ، لتباعد منفعة الزبد والسمن من منفعة الجبن والأقط اهـ .

وقوله : ثم إن وجه الخ ، يخالفه ما فى شرح عبد الباقى أنه على القول بجواز بيع المخيض أو المضروب بالأقط لابد من التماثل ، وفيه أيضا شيء .

واعلم : أن الصور الجائزة لابد فيها من المماثلة فى بيع كل من الأنواع السبعة بمثلها ، وكذا إذا بيع المخيض أو المضروب بحليب ، فإن بِيعَا بزبد أو سمن أو جبن ، أى من حليب لم تعتبر المماثله اهـ .

قوله : (من أصول الربا) أى : من أنواع الربا ، فأنواعه بانضمام هذا إلى الثلاثة المتقدمة أربعة ، ولعله اصطلاح لبعضهم تبعه ، وإلا فالمفهوم من خليل اثنان فقط : ربا الفضل ، والنساء . فتدبر .

قوله : (ومن ابتاع طعاما) أى : طعام معاوضة ، وسواء كانت مالية كالشراء – مثلا –

أو غيره (فَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ) لما صح من نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك ، واحترز بالطعام عن غيره ، فإنه يجوز قبل قبضه ، والنهى عن بيع الطعام قبل قبضه مقيد بما (إِذَا كَانَ شِرَاؤُهُ) أى شراء المبتاع (ذَلِكَ) الطعام (عَلَى وَزْنٍ أَوْ كَيْلٍ أَوْ عَدَدٍ) .

ثم صرح بمفهوم هذا القيد زيادة إيضاح ، فقال : (بِخِلَافِ الْجُزَافِ) مثلث الجيم ، وهو بيع الشيء بلا كيل ، ولا وزن ، ولا عدد ، فإن بيعه قبل قبضه جائز على المشهور ، ك : لأنه قد ملكه بالعقد . وقال ق : النظر إلى الجزاف قبض على المشهور ، وإذا جعلنا النظر قبضا ، فهو داخل تحت قوله : قبل قبضه ، ولا فرق بين الجزاف وغيره انتهى (وَكَذَلِكَ كُلُّ طَعَامٍ) ربويا كان أو غير ربوى (أَوْ) كل

أو غير مالية كأخذ الرجل طعاما من زوجته فى مقابلة خلع ، أو إفتاء ، أو تدريس ، أو قضاء ، أو أرش جناية . قال فى التحقيق : وسواء كانا مسلمين ، أو أحدهما ، فلو كانا كافرين فلا أحب للمسلم أن يشترى منه قبل قبضه . وكان القياس على خطابهم – وهو المشهور – المنع .

وأما ما أخذ من الشون ، فيجوز بيعه قبل قبضه إذ أصله صدقة لنحو الفقراء أى : لم يكن فى مقابلة شيء ، والمتصدق عليه يجوز له بيعه قبل قبضه .

قوله : (فلا يجوز بيعه الخ) قيل تعبد ، وقيل معلل : بأن غرض الشارع سهولة الوصول إلى الطعام ليتوصل إليه القوى والضعيف ، ولو جاز قبل قبضه لربما أخفى بإمكان شرائه من مالكه وبيعه خفية ، فلم يتوصل إليه الفقير ، ولأجل نفع الكيال والجمال .

قوله : (فإن بيعه قبل قبضه جائز على المشهور) وعن مالك : منعه قبل استيفائه .

قوله : (لأنه قد ملكه بالعقد) أى : وأما ما أخذ على الكيل ، أو الوزن ، أو العدد ، فلا يملكه بالعقد . والشارح لم يتم كلام الفاكهانى ، وتتميمه : بخلاف الجزاف ، لأنه قد ملكه بالعقد فجاز له بيعه قبل قبضه ، لأنه لو تلف قبل قبضه كان ضمانه من المشترى ، فساوى تعليل غيره بقوله : لأنه يدخل فى ضمان المشترى بمجرد العقد .

قوله : (النظر إلى الجزاف قبض على المشهور) ومقابله يقول : لا يكون النظر إليه قبضا ، والطعام لا يجوز بيعه قبل قبضه ، فالجزاف لا يجوز بيعه قبل قبضه .

قوله : (داخل تحت قوله قبل قبضه) المناسب داخل تحت استيفائه ، لأنه الذى عبر به المصنف .

(إِدَامٍ) كالشحم واللحم (أَوْ) كل الأبزار كالملح أو (كُلُّ شَرَابٍ) لا يجوز بيع شيء من ذلك قبل أن يستوفيه ولا يستثنى منه شيء (إِلَّا الْمَاءَ وَحْدَهُ) لأنه ليس بربوى ، وكرر الطعام لينبه على قول ابن وهب لا يمنع بيعه قبل قبضه إلا إذا كان ربويا (وَما يَكُونُ مِنَ الْأَدْوِيَةِ) كالعسل يركب (وَ) ما يكون من (الزَّرَارِيعِ الَّتِى لَا يُعْتَصَرُ مِنْها زَيْتٌ) وتؤكل على حالها كالسلق ، والجزر ، وما يكون من الزراريع

وقوله : (لا فرق بين الجزاف وغيره) أى : فى عدم الجواز قبل القبض فى كل .

قوله : (إدام) الإدام ما يؤتدم به ، مائعا كان أو جامدا ، وجمعه أدم ، مثل : كتاب وكتب ، ويسكن للتخفيف ، فيعامل المفرد ، ويجمع على آدم ، مثل : قفل وأقفال قاله فى المصباح .

قوله : (كالملح) فيه شيء وهو : أن الملح ليس من الأبزار ، والأبزار جمعها أبازير ، واحدها بزر ، بكسر فى الأصح ويفتح .

قوله : (إلا الماء وحده لأنه ليس بربوى) الأولى ليس بطعام ، بدليل جواز بيعه بالطعام إلى أجل ، ولو ماء زمزم . وما قاله ابن شعبان : من أنه طعام ، فمؤول بأنه مثله فى الشرف والاحترام ، وفي إنه يحصل به الغذاء كالطعام الحقيقى .

قوله : (وكرر الطعام الخ) جواب عما يقال : لِمَ كرر الطعام ؟ إلا أن الأنسب عدم الإتيان بأداة التشبيه المقتضى لتشبيه الشيء بنفسه .

قوله : (لينبه) أى : من حيث التعبير بأداة العموم ، والأوضح أن يقول : للرد على قول ابن وهب .

قوله : (كالعسل يركب) أى : مع غيره من العقاقير فيجعل دواء ، ولذا قال ابن عمر : يعنى أدوية الحكماء .

قوله : (من الزراريع) صوابه الزرائع ، لأن الواحدة زريعة خفيفة الراء ، والتشديد من لحن العوام ، قاله أبو الحسن .

قوله : (كالسلق) أى : وكزريعة السلق ، والسلق بكر السين ، كما فى المصباح ، أى : وكحب الفجل الأبيض ، وحب البصل ، ويتوقف فى كون تلك الزرائع تؤكل ، أى : شأنها الأكل ، الظاهر أنها إنما تراد للزراعة فتدبر .

التى يعتصر منها زيت لغير الأكل كالكتان (فَلَا يَدْخُلُ ذَلِكَ فِيما) أى : الذى (يَحْرُمُ مِنْ بَيْعِ الطَّعَامِ قَبْلَ قَبْضِهِ أَوْ) فيما يحرم من (التَّفَاضُلِ فِي الجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْهُ) فيجوز بيعه قبل قبضه ، والتفاضل فى الجنس الواحد منها (وَلاَ بَأْسَ بِبَيْعِ الطَّعَامِ الْقَرْضِ قَبْلَ أَنْ يَسْتَوْفِيَهُ) فيجوز للمقترض أن يبيعه قبل أن يستوفيه من المقرض وغيره بشرط النقد ، ولا يجوز لأجل لأنه إذا باعه للمقرض يكون من فسخ

وقول المصنف : التى لا يعتصر منها زيت ، أى : شأنها أنها لا تعتصر ، احترازا عن حب السمسم ، والقرطم ، وحب الفجل الأحمر ، والزيتون ، فهذه لا يجوز بيعها قبل قبضها ، وكذا مصلح الطعام : كملح ، وبصل ، وثوم ، وتابل : كفلفل ، وكزبرة ، وأنيسون ، وشمار ، وكمونين أبيض وأسود .

قوله : (لغير الأكل كالكتان) أى : ولا عبرة بما اعتيد أكله فى بعض البلدان .

قوله : (فلا يدخل ذلك) أى : وصف ذلك ، هذا التقدير باعتبار المعطوف عليه الذى هو قوله : فيما يحرم من البيع ، لا باعتبار المعطوف . فتدبر .

قوله : (قبل أن يستوفيه) أى : يجوز لمن اقترض طعاما من شخص لم يشتره ، أو اشتراه وقبضه ، أن يبيعه قبل قبضه من مقرضه ولو اقترضه على الكيل ، وكما يجوز للمقترض بيعه قبل قبضه ، يجوز له دفعه وفاء عن قرض فى ذمته ، وقيدنا بكون القرض من غير مشتر لم يقبضه ، احترازا عمن اشترى طعاما ولم يقبضه ، ثم أقرضه لغيره ، فإنه لا يجوز لذلك المقترض بيعه قبل قبضه ، ويجرى هذا القيد فى الطعام المتصدق به والموهوب .

قوله : (من المقرض) متعلق بقوله : بيعه .

وقوله : (بشرط النقد) أى : يبيعه للمقرض أو غيره على النقد ، أى : الحلول وظاهره النقد بالفعل ، وانظره . ويقيد بما يفيده **عج** على خليل : بما إذا كان باعه بغير طعام وإلا امتنع لما فيه من بيع طعام بطعام غير يد بيد ، ويقيد أيضا عند بيعه للمقرض على النقد : أن يكون أجل القرض قدر أجل السلم أو أكثر ، لأن ما خرج من اليد وعاد إليها يعد لغوا ، فكأن المقرض أسلم المقترض .

قوله : (من فسخ الدين) أى : ما فى ذمة المقرض .

الدين فى الدين ، وإن باعه من أجنبى يكون من بيع الدين بالدين (وَ) كذا (لاَ بَأْسَ بالشَّرِكَةِ) فى الطعام المكيل قبل قبضه وهو أن يشرك غيره فى البعض (وَ) كذا لا بأس بـ(ـالتَّوْلِيَةِ فِيهِ) وهو أن يولى ما اشتراه لآخر (وَ) كذا لا بأس بـ(ـالإِقَالَةِ فِي الطَّعَامِ الْمَكِيلِ قَبْلَ قَبْضِهِ) وهو أن يقيل البائع المشترى أو العكس .

وقوله : (فى دين) وهو الثمن .

وقوله : (من بيع الدين) وهو ما فى ذمة المقرض .

قوله : (فى الطعام المكيل) أى : طعام المعاوضة ، أى وكذلك الموزون ، والمعدود ، والجزاف ، أحرى فى الجواز .

وقوله : (قبل قبضه) وأحرى بعده .

قوله : (وهو أن بشرك غيره) هو بمعنى قول من قال : حقيقة الشركة – هنا – جعل مشتر قدرا لغير بائعه باختياره بما اشتراه لنفسه بمنابه من ثمنه .

قوله : (فى البعض) المناسب فى الكل .

قوله : (وهو أن يولى الخ) فحقيقتها : أن يجعل الطعام الذى اشتراه لغير بائعه بثمنه ، وهو فى الطعام غير جزاف قبل كيله رخصة ، فمن اشترى حصة من الطعام على الكيل يجوز له أن يدفعها لغيره بثمنها .

قوله : (وكذا لا بأس الخ) إنما جازت تلك المذكورات فى طعام المعاوضة قبل قبضه لشبهها بالقرض فى المعروف .

تنبيه : شرطوا لجواز التولية والشركة أن يستوى عقداهما فيهما حلولا ، وتأجيلا ، ورهنا ، وحميلا ، وفى رأس المال ، وأن يكون الثمن عينا لا عرضا ، غير مثلى باتفاق . ابن القاسم وأشهب : لأن ذلك يؤول إلى القيمة ، فيكون من بيع الطعام قبل قبضه ، وإن كان عرضا مثليا فكذلك عند ابن القاسم لا أشهب ، ولعل كلام ابن القاسم أن المثلى قد تجب فيه القيمة ، وأن لا يشترط المشرك – بالكسر – على المشرك – بفتحها – أن ينقد عنه .

قوله : (وهو أن يقيل الخ) لكن شرط ذلك أن تقع الإقالة فى الجميع ، وكون الطعام ببلد الإقالة وإلا لم يجز ، وكونها بمثل الثمن الأول لا بزيادة أو نقص فيمنع فى الجميع ، لأنها حينئذ بيع مؤتنف لأجله ، وإذا كان فى سلم وجب فيه تعجيل رأس المال ، لئلا يؤدى إلى فسخ الدين فى الدين .

ثم انتقل يتكلم على البيوع الفاسدة فقال : (وَكُلُّ عَقْدٍ بِبَيْعٍ) وهو ما كان لتمليك الرقبة (أَوْ) بـ(ـإِجَارَةٍ) بكسر الهمزة مع المد وعدمه ، وهى : العقد على منافع الحيوان العاقل (أَوْ) بـ(ـكِرَاءٍ) بالمد ، وهو : العقد على منفعة ما لا يعقل من حيوان أو غيره (بِخَطَرٍ أَوْ غَرَرٍ) أى : وكان فيه خطر أو غرر ، وهما لفظان مترادفان بمعنى واحد ، وهو : ما جهلت عينه ، وقيل : ما تردد بين السلامة والعطب

ولا يشترط أن يكون الثمن عينا فى الإقالة ، وأما لو وقعت الإقالة من البعض فلا يجوز إلا إذا كان رأس المال عرضا يعرف بعينه مطلقا ، أو عينا ، أو طعاما ما لم يقبض ، أو قبض ولم يغب عليه ، أو غاب غيبة لم يمكنه الانتفاع به فيها ؛ وأما لو غاب غيبة يمكنه الانتفاع به فيها لم تجز فى البعض ، والطعام وغيره فى ذلك سواء .

ومفهوم المكيل قبل قبضه جواز الإقالة من الجميع المشترى جزافا ، أو مكيلا بعد قبضه بالأولى .

قوله : (أو بإجارة الخ) قدر الباء لكونه ملاحظا تقديرها فى قوله بيع ، والتقدير وكل عقد يكون ببيع أو بإجارة ، أى : يكون متلبسا ببيع الخ ، من التباس العام بالخاص ، ولا داعى لذلك لصحة المعنى بجعل الإضافة للبيان .

قوله (وعدمه) ظاهر العبارة : أنه مع عدم المد تكون الهمزة مكسورة ، وليس كذلك ، إذ مع عدم المد تكون الهمزة مفتوحة ، وهو أجر ، على وزن فلس ، قال فى المصباح : ويستعمل الأجر بمعنى الإجارة ، وبمعنى الأجرة وجمعه أجور ، مثل فلس وفلوس اهـ .

قوله : (أو بكراء) فيه ما تقدم .

وقوله : (أو غيره) أى : كسفينة .

قوله : (وهما لفظان مترادفان) أنت خبير بأن التعبير بأو ينافى ذلك ، فالمناسب ما ذهب إليه بعضهم من أنهما متباينان ، فالخطر ما لم يتيقن وجوده ، كقوله : بعنى فرسك بما أربح غدا . والغرر ما يتيقن وجوده وشك فى تمامه ، كبيع الثمار قبل بدو صلاحها .

قوله : (وقيل ما تردد بين السلامة والعطب) هذا لا يشمل الأجل ، لأنه ليس فيه تردد بين السلامة والعطب ، وتعقبه ابن عرفة : بأنه غير جامع لخروج فاسد بيع الجزاف ، وبيعتين

(فِي ثَمَنٍ أَوْ مَثْمُونٍ أَوْ أَجَلٍ فَلَا يَجُوزُ) مثاله فى الثمن : أن يشترى منه سلعة ببعيره الشارد ؛ ومثاله فى المثمون : أن يشترى منه عبده الآبق بعشرة دراهم ؛ ومثاله

فى بيعة . وعرف ابن عرفة الغرر بقوله : ما شك فى حصول أحد عوضيه أو المقصود منه غالبا ، مثال الأول : بيع العبد الآبق والبعير الشارد . ومثال الثانى : بيع الحيوان الذى فى السباق ، فإنه لا يجوز بيعه ولا شراؤه .

قوله : (فلا يجوز) خبر كل الواقع مبتدأ ، وقرنه بالفاء لما فى كل من العموم ، فاكتسب شبها بالشرط .

قوله : (مثاله الخ) ما ذكره من الأمثلة هو فى البيع ، ولا يخفى أن مثالى الثمن والمثمون يأتيان على التعريف الثانى للغرر ، ومثال الأجل يأتى عليه ، لأن قوله : ما جهلت عينه ، معناه شىء جهلت عينه ، فيصدق بقدوم زيد ، لأن قدوم زيد من حيث زمنه مجهول ، قال فى تحقيق المبانى : ومثال الغرر فى الإجارة فى الثمن : أن يستأجر على خياطة ثوب بعبد آبق ، ومثاله فى المثمون : أن يستأجر لشىء بعشرة دراهم – مثلا – ولا يسمى له فيما استأجره عليه ، ومثاله فيها فى الأجل : كما تقدم فى البيع ، ومثاله فى الكراء فى الثمن : أن يكترى دابة ، أو أرضا بجنين ، أو بعير شارد ، ومثاله فى المثمون : أن يكترى حانوتا ولا يسمى ما يضع فى الحانوت ، ولا ما يزرع فى الأرض ، ولا عادة ، ومثاله فى الأجل : أن يكترى منه دارا أو أرضا إلى أن يقدم غلامه أو زوجته .

قوله : (ولا يجوز بيع الغرر) كبيعها بقيمتها .

وقوله : (ولا بيع شىء مجهول) كبيع ما فى صندوقه ، أو ما فى يده مما لا يعلمه المشترى أو البائع ، ولا يخفى أن قوله : ولا بيع شىء الخ ، من عطف الخاص على العام ، ارتكبه إيضاحا للمبتدى .

تنبيه : حكم ما فى الغرر الفسخ قبل الفوات ، فإن حصل الفوات بتغير الذات فى البيع ، أو استوفيت المنافع فى الإجارة والكراء ، فالواجب فى البيع غرم قيمة السلعة حيث اتفق على الفساد ، أو الثمن عند الاختلاف ، والواجب فى المنافع أجرة أو كراء المثل إلا الغرر اليسير للحاجة لم يقصد ، فلا يضر كأساس الدار المبيعة ، وكالجبة المحشوة ، وأما السمك فى الماء ، والطير فى الهواء ، فممتنع إجماعا .

وقلنا لم يقصد احترازا عن يسير يقصد ، كشراء حيوان بشرط الحمل حيث كان حمله يزيد فى ثمنه ، فإنه يفسخ .

فى الأجل : أن يشترى منه سلعة إلى قدوم زيد ولا يدرى متى يقدم . وقوله (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ الْغَرَرِ وَلاَ بَيْعُ شَيْءٍ مَجْهُولٍ وَلاَ إِلَى أَجَلٍ مَجْهُولٍ) مكرر لأنه بعض ما قبله .

ثم انتقل يتكلم على مسائل ممنوعة فقال : (وَلَا يَجُوزُ فى الْبُيُوعِ التَّدْلِيسُ) وهو : أن يعلم أن بسلعته عيبا فيكتمه عن المشترى (وَلَا) يجوز (ٱلْغِشُّ) وهو أن يخلط الشيء بغير جنسه كخلط العسل بالماء (وَلاَ) تجوز (الخِلَابَةُ) بكسر الخاء المعجمة وتخفيف اللام ، وهى : الخديعة بالكذب فى الثمن ، أو يرقم عليها أكثر مما اشتراها به ، ولا يصرح بذلك (وَلَا) يجوز (الْخَدِيعَةُ) وهى : أن يخدعه

قوله : (لأنه بعض ما قبله) أى : لأن هذا فى البيع فقط وما تقدم أعم .

قوله : (كخلط العسل بالماء) أو اللبن بالماء ، وكسقى الحيوان عند بيعه ليظهر أنه سمين ، وكتطريز الكتاب ليعلم أنه مقابل ، ولا يخفى أن من إفراط الغش خلط جيد بردىء من جنسه ، فلا مفهوم لقوله : بغير جنسه .

قوله : (وهى الخديعة بالكذب فى الثمن) أى : كأن يقول له : أنا أخذتها بعشرين دينارا ، وأنا أنقص لك من ذلك ، أو لا يقول : أنا أنقصها . ووجه كونها خديعة إيهام أنها جيدة لكونها بثمن كثير .

قوله : (أو يرقم عليها) بالنصب عطفا على قوله : بالكذب ، على حد قوله تعالى : ﴿ أَوْ يُرْسِلَ رَسُولاً ﴾ [الشورى : ٥١] عطفا على قوله ﴿ وَحْياً ﴾ وأنت خبير بأن هذا غش ، بخلاف الأول فهو كذب ، وحكمهما مختلف فى المرابحة ؛ ففى الكذب عند قيام السلعة يلزم المشترى أن يحط عنه الكذب وربحه ، بخلاف الغش ، فلا يلزم المشترى ، وإن حط عنه بائعه ما غشه به ، فالمشترى فى حالة الغش مع قيام السلعة مخير بين أن يتماسك بجميع الثمن ، أو يردها ويرجع بثمنه .

وأما فى حالة الفوات ففى الغش أقل الثمن والقيمة يوم القبض ، وفى الكذب يخير البائع بين أخذ الثمن الصحيح وربحه ، أو قيمتها يوم القبض ما لم تزد على الكذب وربحه فلا يزاد عليه ، لأنه قد رضى به .

قوله : (وهى أن يخدعه الخ) بتفسير الشارح المذكور يفهم أن عطف الخديعة على الخلابة عطف مغاير .

بالكلام حتى يوقعه ، مثل أن يقول : تعال اشتر منى وأنا أرخص لك . وقوله (وَلَا) تجوز (كِتْمَانُ الْعُيُوبِ) هو معنى قوله : ولا يجوز فى البيوع التدليس (وَلَا) يجوز (خَلْطُ دَنِيءٍ) بالهمز (بِجَيِّدٍ) كخلط حنطة دنيئة بجيدة (وَلَا) يجوز (أَنْ يَكْتُمَ مِنْ أَمْرِ سِلْعَتِهِ مَا) أى : شيئا (إِذَا ذَكَرَهُ كَرِهَهُ ٱلْمُبْتَاعُ) كثوب الميت أو المجذم (أَوْ كَانَ ذِكْرُهُ) أى : الشيء (أَبْخَسَ) أى : أنقص (لَهُ) أى : للبائع (فِي الثَّمَن) كالثوب الجديد إذا كان نجسا ، أو مغسولا ، والأصل فى تحريم الغش ماصح من قوله ﷺ : « من

قوله : (وأنا أرخص لك) أى : أو يجلسه عنده ويحضر له شيئا من المأكول والمشروب .

قوله : (دنىء) بالهمز بمعنى دون ، وأما إذا كان بمعنى القريب فهو غير مهموز ، ذكره أهل اللغة كما قاله ك . ولا يخفى أن هذا من الغش ، فكان المناسب للاختصار حذف قوله : ولا كتمان العيوب ، لأنه عين التدليس الذى قدمه وما بعده ، لأنه تكرار مع ما قبله ، إلا أن يقال : إنه أراد بقوله : ولا كتمان العيوب ، تفسير التدليس .

وقوله : (ولا خلط دنىء بجيد) تفسير للغش ، والظاهر أن هذا هو المتعين . وأما إن خلطه لعيشه وباع فضله ، اختلف فى جوازه كما فى **تت** .

تنبيه : يعاقب من غش بسجن ، أو ضرب ، أو إخراج من السوق ، ولو لم يَعْتدِ ، على ما نقله ابن رشد عن ابن القاسم ، وعليه يصح رده بعد مدة يرجى فيها أنه قد تاب ، وإن لم تظهر توبته .

قوله : (ما إذا ذكره كرهه المبتاع) مفهومه : أن ما لا يكرهه المبتاع لا يجب بيانه وإن كرهه غيره .

قوله : (كثوب الميت) فسر الشارح بذلك ليفيد مغايرته للتدليس .

قوله : (أى أنقص) المعنى : أشد بخسا ، أى : أشد نقصا . ولا يخفى أن المفاضلة ليست مرادة ، فالمراد أو كان ذكره ذا نقص .

وقوله : (كالثوب الجديد) الخ مثل الشارح بما يفيد مغايرة قول المصنف ، أو كان ذكره لما قبله ، أى : يبيعه ثوبا جديدا يقع في ذهن المشترى أنه طاهر ، أو أنه ليس مغسولا ، والواقع ليس كذلك .

قوله : (والأصل فى تحريم الغش الخ) ذكر الدليل على تحريم الغش دون البقية ففيه

غَشَّنَا فَلَيْسَ مِنَّا » [١] ك : لا أعلم خلافا فى تحريم الغش والخديعة ، وما ذكره معهما ، لأن هذه أمور ممنوعة فى الشرع ، لأنها ضرب من المكر والحيل على الناس ، والتوصل إلى

قصور ، فقد ذكر البخارى فى ترجمة باب ما يكره من الخداع فى البيع ، عن عبد الله بن عمر ، أن رجلا ذكر للنبى ﷺ أنه يخدع فى البيوع فقال : « إِذَا بَايَعْتَ فَقُلْ لَا خَلَابَةَ » [٢] وقال فى ترجمة باب ما يمحق الكذب والكتمان فى البيع ، عن النبى ﷺ قال : « الْبَيِّعَانِ بِالْخِيَارِ مَالَمْ يَتَفَرَّقَا – أَوْ قَالَ حَتَّى يَتَفَرَّقَا – فَإِنْ صَدَقَا وَبَيَّنَا بُورِكَ لَهُمَا فِي بَيْعِهِمَا وَإِنْ كَتَمَا وَكَذَبَا مُحِقَتْ بَرَكَةُ بَيْعِهِمَا » [٣] وقال ﷺ : « الْخَدِيعَةُ فِي النَّارِ » [٤] أى صاحبها . وذكر البخارى دليل منع بيع الغرر ، فراجعه .

قوله : (من غشنا فليس منا) قال الفاكهانى : أى ليس مهديا بهدينا ، ولا متبعا لسنتنا ، لأن العاصى عندنا لا يخرج عن الإيمان . نعم لو اعتقد حل ذلك كفر اهـ . قال المازرى : أجمعوا على فساد بيع الغرر : كجنين ، والطير ، والهواء ، والسمك فى الماء .

قوله : (لا أعلم خلافا) أى : بين الأئمة ، فهو أمر مجمع عليه .

وقوله : (فى تحريم) الخ لا وجه لذكر هذين وإحالة ما بقى عليهما .

قوله : (لأن هذه أمور ممتنعة فى الشرع) أى : ثبت تحريمها فى سنة النبى ﷺ ، فلا يسع أحدا يخالف بل أجمع عليها ، وهل ثبوتها كلها تصريحا أو البعض تصريحا والبعض التزاما ؟ تراجع الأحاديث .

قوله : (والحيل) المناسب لما قبله أن يقول : والحيلة ، وعطف الحيل على المكر عطف مرادف أو كالمرادف .

وقوله : (والتوصل) عطف مسبب على سبب .

---

(١) مسلم : كتاب الإيمان ٢٩٩/١ ، الترمذى : ٥٩٨/٣ .

(٢) الموطأ : ٦٨٥/٢ ، سنن البيهقى : ٢٧٣/٥ طبع الهند : سنن ابن ماجه : ١٧١ الهند .

(٣) البخارى ٢٨٤/١ الهند ، مسلم : ٦/٢ الهند – النسائى : ٢١٢/٢ الهند ، أبو داود : ١٣٤/٢ طبع محيى الدين عبد الحميد ، ابن ماجه : ١٥٨/٢ .

(٤) البخارى – كتاب البيوع – باب النجش : ٣٥٥/٤ بفتح البارى المكتبة السلفية – القاهرة .

أخذ أموالهم بغير حق (وَمَنِ ٱبْتَاعَ عَبْدًا) أو غيره (فَوَجَدَ بِهِ عَيْباً) يمكن التدليس به ينقص من الثمن كثيرا (فَلَهُ) أى : للمبتاع الخيار بين (أَنْ يَحْبِسَهُ وَلاَ شَىْءَ لَهُ) فى مقابلة العيب الذى وجده به (أَوْ يَرُدَّهُ وَيَأْخُذَ ثَمَنَهُ) إلا أن يصرح بالرضا ، أو يسكت من غير عذر ، ولا خيار له ، وقيدنا بيمكن التدليس به ، احترازا مما لا يمكن التدليس به ، إما لظهوره كالعور ، وإما لخفائه كالخشبة ينشرها

قوله : (فوجد به عيبا) لم يطلع عليه المشترى حين العقد ، سواء علم البائع بذلك وكتمه وقت العقد أو لا ، إلا أنه مع العلم وعدم البيان يكون مدلسا ويأثم ، ومثل القديم الحادث زمن خيار التروى .

قوله : (أن يحبسه ولا شىء له) فإن أراد المبتاع حبسه مع الأرش ، وأبى البائع أن يعطى الأرش فالقول قول البائع ، لأن المشترى لا يستحق شيئا من الأرش مع إمكان الرد ؛ وأما إن فات المبيع عنده ببعض وجوه الفوات ، فليس له الرد وإنما له الأرش فقط .

قوله : (إلا أن يصرح بالرضا) أى : أو يأتى بما يدل على رضاه به : كركوب الدابة ، واستخدام العبد ، فليس له رده .

قوله : (أو يسكت من غير عذر) اعلم : أن السكوت لعذر لا يمنع الرد مطلقا . ولغيره فيه تفصيل ، فإن كان أقل من اليوم رد بلا يمين ، وإن كان كاليوم حلف ورد ، وإن كان أكثر فلا رد له . وانظر ما المراد بنحو اليوم ؟ كذا نظر الشيخ عبد الباقى على خليل .

قوله : (إما لظهوره الخ) اعلم : أن هذا الحل ليس بصواب ، والصواب أن له الرد بالعيب الظاهر كالعور ، كما له ذلك فى الخفى ، وإنما يفترقان فيما إذا ادعى البائع على المشترى أنه رأى العيب ، فإن كان العيب ظاهرا فإن المشترى يحلف مطلقا ويرد إن شاء ، وإن شاء تمسك ولا شىء له ، وإن نكل حلف البائع ولا رد للمشترى ، فإن نكل فللمشترى الرد . وأما إذا كان العيب خفيا ، فإن المشترى لا يحلف إلا إذا ادعى عليه الإراءة . قال الشيخ خليل : ولم يحلف مشتر ادعيت رؤيته إلا بدعوى الإراءة .

قوله : (كالخشبة الخ) ليس المراد بقوله : معفونة ، أنها ذات رائحة كريهة بل المراد يجدها متغيرة أو مثقبة .

وقوله : (أو جوازا) بالنصب فيما وقفت عليه من نسخ هذا الشارح ، والمناسب جواز بالجر معطوف على الخشبة ، أى : وكمرارة نحو القثاء ، وعدم حلاوة نحو البطيخ .

فيجدها معفونة ، أو جوزا يكسره فيجده فارغا ، فإنه لا كلام للمشترى ؛ وبقولنا ينقص الخ ، احترازا مما إذا كان يسيرا لا ينقص من الثمن شيئا ، فإنه لا قيام له به ، أو كان يسيرا ينقص من الثمن يسيرا فلا خيار له إن كان ذلك فى الرباع والعقار ، وله الرجوع بقيمة العيب خاصة .

قوله : (فإنه لا كلام للمشترى) أى : لا قيمة له فيما وجده من الجوز الفارغ ، والخشب المسوس ، وانظر : هل مثل ذلك وجود تغير ببطن الشاة أو بلحمها ؟ وهو الذى اقتصر عليه عج فى شرحه لخليل ، ثم قال : إلا أن يشترط الرد به فيعمل بشرطه ، وكذا إن جرت العادة بذلك .

قوله : (وبقولنا ينقص الخ) مثال الذى ينقص : العور ، والقطع ولو أنملة ، أو خِصاء ، وعَسَر وزنا ، وشرب (١) ، وبَخَر ، ووجود والدين أو ولد لا أخ ، ولا جد ، وجُذام أب أو جنونه بطبع لا بمس جن ، وكَرَهَصٍ ، وعَثَرٍ ، وحَرَنٍ ، وعدم حمل معتاد ، وكالدبر ، وتقويس الذراعين ، وقلة الأكل فى الحيوان البهيمى ، أو العاقل الذى ينقص عمله بسبب قلة أكله ، وأما كثرة الأكل فليست عيبا فى الحيوان البهيمى ، وأما فى العبد والأمة فيظهر أنها عيب حيث خرجت عن المعتاد ، كما يؤخذ من تخيير من استأجر رجلا بأكله فوجده أكولا ، قاله الشيخ .

قوله : (أو كان يسيرا ينقص) اعلم : أن الشخص إذا اشترى دارا ، ثم اطلع على عيب ، فلا يخلو : إما أن يكون قليلا جدا لا ينقص من الثمن كسقوط شرافة ونحوها ، أو قليلا لاجدا كصدع يسير بحائط لم يخف على الدار السقوط منه ، خيف على الجدار أم لا ، أو كثيرا كصدع حائط خيف على الدار السقوط منه .

فإن كان قليلا جدا ، فلا رد به للمشترى ، ولا قيمة على البائع ، وإن كان قليلا لاجدا – وهو المتوسط – فلا رد له أيضا ، لكن للمشترى أن يرجع على بائعه بأرشه .

واختلف فى قدر القليل لاجدا ، فرده بعضهم للعادة وهو الأصل ، وقال أبو بكر ابن عبد الرحمن : ما دون الثلث ، والثلث كثير .

وإن كان كثيرا ، فللمشترى أن يرد ويرجع بثمنه ، أو يتمسك ، ولا شىء له .

إذا تقرر ذلك فيحمل قول الشارح : أو كان يسيرا ينقص من الثمن يسيرا على المتوسط .

قوله : (فى الرباع) جمع ربع ، منزل القوم ، أفاده المصباح . فعطف العقار عليه من

---

(١) المراد شرب خمر .

واختلف فى العروض ، فقيل : لا خيار له ويرجع بقيمة العيب خاصة ، وقيل له الخيار ويأخذ ثمنه .

ثم استثنى من ثبوت الخيار للمبتاع إذا وجد بالمبيع عيبا فى حبسه أورده ، فقال (إِلَّا أَنْ يَدْخُلَهُ) أى : المبيع (عِنْدَهُ) أى : المبتاع (عَيْبٌ مُفْسِدٌ) أى : منقص من الثمن كثيرا (فَلَهُ) أى : للمبتاع (أَنْ يَرْجِعَ) على البائع (بِقِيمَةِ

عطف العام على الخاص ، لأنه عبارة عن الأرض وما اتصل بها من بناء أو شجر .

قوله : (وقيل له الخيار الخ) هو الراجح ، وملخصه : أن الرد بالعيب ثابت فى القليل كالكثير ، إلا فى الدور على ما تقدم .

قوله : (ثم استثنى) أى : محل ما تقدم أن لا يتغير عند المشترى ، وأما لو تغير عنده قبل اطلاعه على العيب ، فتغيره على أقسام : **متوسط** ، **ومخرج عن المقصود** كهرم الدابة ، وقطع الشفة قطعا غير معتاد ؛ **وقليل جدا** ، وأشار للتوسط بقوله : إلا أن يدخله .

قوله : (أى منقص من الثمن كثيرا) مراده به : المتوسط كعجف الدابة ، أو عمى ، أو شلل ، أو تزويج الأمة . وأما المخرج عن المقصود : ككبر الصغير ، وهرم الكبير ، وافتضاض البكر ، فهو مفوت للرد ، وموجب للمشترى الرجوع بأرش القديم ، فيقوم سالما من كل عيب ، لأنه اشتراه على أنه سالم ، فإذا قيل قيمته عشرة ، يقال : وما قيمته معيبا بالعيب القديم ؟ فإذا قيل : ثمانية ، فإنه يرجع بخمس الثمن فى هذا المثال .

وأما إذا حدث عند المشترى عيب قليل جدا : كرمد ، وصداع ، وخفيف حمى ، ووطء ثيب ، فحكمه كالمتوسط ، إذا قال البائع : أقبله من غير شىء ، وذهاب الأنملة من المتوسط فى الرائعة ، وذهاب الأصبع من المتوسط مطلقا ، وإنما كان له الرد بالقديم ولو قل بخلاف الحادث ، لأن البائع قد يتوقع تدليسه بخلاف المشترى ؛ وهذا استحسان ، والقياس التسوية ، قاله فى شرح الشامل .

قوله : (فله أى للمبتاع أن يرجع) حاصله : أنه يقوم صحيحا ، وبالقديم وبالحادث حيث اختار الرد ، ووجه تقويمه سليما ومعيبا بالعيب القديم ، ما أشار له ابن يونس بقوله : يقوم صحيحا ومعيبا بالقديم ، ليعلم النقص بينهما حتى تسقط نسبته من الثمن ، ويصير ما عدا المسقط هو الأصل فى الثمن ، أى : بالنسبة للحادث ، فإذا كانت قيمته صحيحا

العيب الْقَدِيمِ مِنَ الثَّمَنِ) الذى أخذه (أَوْ يَرُدَّهُ) أى المبيع (وَيَرُدَّ مَعَهُ مَا نَقَصَهُ الْعَيْبُ) الحادث (عِنْدَهُ) ظاهره : وإن قال البائع : أنا أقبله بالعيب الحادث ، وهو رواية عن مالك ، وابن القاسم ، ومذهب المدونة : لا مقال للمشترى مطلقا ؛ وإذا تلف المبيع بعد أن اطلع المشترى على عيبه ، وقبل أن يقبضه البائع ، فهو فى ضمان البائع إن رضى بالقبض وإن لم يقبضه ، أو ثبت عند حاكم ، وإن لم يحكم

مائة ، ومعيبا بالقديم ثمانين فالنقص عشرون ، فينقص من الثمن خمسه ، فإذا كان الثمن خمسين ينقص خمسه وهو عشرة . وإذا قومناه ثالثا بالعيب الحادث والقديم بستين ، فقد نقص من ثمنه بالعيب القديم ربعه ، لأنه نقص من قيمته بالعيبين عن قيمته بعيبه القديم ربعه اهـ أى : فيرد فى الفرض المذكور عشرة التى هى ربع الأربعين .

فإن اختار التماسك ، قوم تقويمين صحيحا وبالقديم فقط ، ليعلم النقص بينهما حتى يرجع به ، أو يسقط بنسبته من الثمن ، ويصير الثمن ما عداه .

والمعتبر فى التقويم يوم ضمان المشترى ، وضمان المشترى يختلف بحسب كون المبيع صحيحا ، أو فاسدا . ثم الصحيح يختلف بحسب الأشياء المبيعة ، فقد يكون المبيع أمة مواضعة وغير ذلك ، وأجرة المقوم على المتبايعين فى باب الفساد ، والظاهر أن هنا كذلك ، كما استظهره بعضهم .

قوله : (ومذهب المدونة لا مقال للمشترى مطلقا) أى : لا نقول : إن له مقالا مطلقا بل يفصل ، فإن قال : أنا أقبله بالعيب الحادث ، فإما أن يرده ولا شىء عليه ، أو يتماسك ولا شىء له ، وإن لم يقل ، فهو كلام المصنف قرره لى بعض شيوخنا – رحمه الله – ومذهب المدونة هو الراجح .

تنبيه : كلام المصنف فى العيب الذى يثبت أنه قديم ، وأما لو حصل التنازع فى قدم العيب أو حدوثه ، أو تنازعا فى وجود عيب مثله يخفى وعدم وجوده ، فالحكم فى الثانى قبول قول البائع بغير يمين ، وأما الأول فالقول للبائع إلا بشهادة عادة للمشترى ، ومعنى شهادة العادة : أن يقول أهل المعرفة أنه حادث ، وكل من قطعت له أهل المعرفة فالقول له بلا يمين ، ومن رجحت له فالقول له بيمين ، وعند الإشكال القول للبائع بيمين .

قوله : (أو ثبت عند حاكم) أى : ثبت موجب الرد عند حاكم وإن لم يحكم بالرد ، وهذا إذا كان البائع حاضرا ، وأما لو كان غائبا فلا ينتقل إلى ضمانه إلا بالحكم عليه بالرد .

بالرد (وَإِنْ رَدَّ) المبتاع (عَبْدًا) كان (أَوْ غَيْرَهُ) بـ)سبب (عَيْبٍ وَ) الحال أنه (قَدِ ٱسْتَغَلَّهُ) غلة غير متولدة كالخدمة (فَلَهُ غَلَّتُهُ) إلى حين الفسخ ، ولا يلزمه شيء لذلك ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « ٱلْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ » [1] فإذا فسخ ، فالغلة حينئذ للبائع كالغلة المتولدة كالولد .

قوله : (كالخدمة) زاد فى التحقيق والكراء ، وذكر أيضا عن الفاكهانى : أن اللبن والسمن له ، وأما الصوف فما كان بين الرد والشراء فللمشترى ، وإن كان الصوف تاما يوم الشراء رد مثله إن فات ، ولابد من لزوم البيع ، فلا غلة للمشترى من الفضولى مع علمه إلا أن يجيز المالك البيع ، فإن الغلة حينئذ تكون للمشترى .

قوله : (فله غلته الخ) المراد غلة لا يكون استيفاؤها دالا على الرضا وهى ما نشأ من غير تحريك ، كلبن ولو في غير زمن الخصام ، إلا لطول سكوته بعد العلم ، أو عن تحريك واستوفاها قبل الاطلاع على العيب : كركوبه دابة ، واستخدام رقيق ؛ أو بعده حيث كان استيفاؤها غير منقص كسكنى الدار فى زمن الخصام ، وما عدا ذلك فالغلة له من غير غاية لدلالتها على الرضا ، فلا فسخ له بعد الاستيفاء كركوب الدابة ، واستخدام الرقيق ولو فى زمن الخصام ، وسكنى الدار بعد الاطلاع على العيب فى غير زمن الخصام .

قوله : (لقوله عليه الصلاة والسلام) فيمن ابتاع غلاما وأقام عنده مدة ، ثم أراد أن يرده ، وجاء به إلى الرسول ليرده على صاحبه ، فقال صاحبه : يَارَسُولَ ٱللهِ قَدِ ٱسْتَغَلَّ غُلَامِى ، فَقَالَ عَليه الصلاة والسلام : « ٱلْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ » .

قوله : (الخراج بالضمان) قال بعضهم : معنى ذلك أن المبيع إذا كان فى ضمان المشترى فغلته له ، ومعنى كونه مضمونا عليه أنه إذا تلف حكم بتلفه من ماله ، وهذا العبد كذلك ، فوجب إذا رده أن يكون الخراج له .

قوله : (كالولد) سواء اشتراها حاملا له ، أو حملت عنده ، ولا شيء على المشترى فى الولادة إلا أن ينقصها ذلك ، فيرد معها ما نقصها . ابن يونس : إن كان فى الولد ما يجبر النقص جبره اهـ .

---

(١) المسند للإمام أحمد : ٤٩/٦ و ٢٠٨ سنن أبى داود ٧٧٧/٣ ، الترمذى فى الجامع كتاب البيوع ٥٨٢/٣٠ وقال حسن صحيح ، ابن ماجه فى السنن ٧٥٤/٢ وسنن النسائى ٢٥٤/٧١ .

ولما فرغ من الكلام على خيار النقيصة ، انتقل يتكلم على خيار التروى فقال : (وَالْبَيْعُ عَلَى الْخِيَارِ) من البائع أو المبتاع ، أو كل منهما ، أو من أجنبى ، وهو بيع وقف بته أولا على إمضاء يتوقع (جَائِزٌ) لقوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَا ﴾ [البقرة : ٢٧٥] وقوله ﷺ : « ٱلْمُتَبَايِعَانِ بِٱلْخِيَارِ مَالَمْ يَتَفَرَّقَا) رواه

تنبيه : لهذه المسألة نظائر : لا يرد المشترى الغلة بالشفعة ، لا غلة للشفيع على من أخذ منه بالشفعة فيما استغله ، والتفليس ، والاستحقاق ، والفساد ، وزاد بعضهم : من صار إليه ذلك من عند هؤلاء الخمسة ، إما بشراء ، أو صدقة ، أو هبة ، أو ميراث ، لأنه ينزل منزلته .

قوله : (خيار النقيصة) عرفه ابن عرفة بقوله : لقب بتمكين المبتاع من رد مبيعه على بائعه ، لنقصه عن حالة بيع عليها غير قلة كمية قبل ضمانه مبتاعه .

فقوله [١] : لنقصه ، أخرج به ما إذا أقاله البائع من المبيع ، فإن له رده على بائعه .

وقوله : [١] : غير قلة كمية ، صفة لحالة أخرج به صورة استحقاق الجل من يد المشترى .

وقوله [١] : قبل ضمانه ، متعلق بالنقص ، ومبتاعه فاعل بالمصدر .

ولم يقل قبل بيعه ، ليدخل فى ذلك العيب الذى يحدث فى السلعة بعد البيع فى مدة ضمان البائع ، كالحادث فى المبيع الغائب قبل قبضه ، وفى الأمة زمن مواضعتها .

قوله : (التروى) أى : فى أخذ السلعة وردها .

قوله : (بيع وقف بته أولا على إمضاء يتوقع) خرج البيع اللازم ابتداء ، ولكن يؤول إلى خيار بعد الاطلاع على العيب ، فهذا لم يتوقف بته أولا ، ويسمى – كما تقدم – خيار النقيصة ، وهذا الخيار إنما يكون بالشرط أو العادة ، لأنها عندنا كالشرط .

قوله : (لقوله تعالى وأحل الله البيع الخ) أى : والبيع شامل لما إذا كان على الخيار أو البت .

---

(١) شرح لتعريف ابن عرفة .

مالك فى الموطإ ، وهو محمول عنده على التفرق بالقول لا بالمجلس . والملك فى زمن الخيار للبائع .

ويشترط فى جواز بيع الخيار شرط وهو (إِذَا ضَرَبَا لِذَلِكَ أَجَلاً) فإن اشترطا الخيار ، ولم يضربا لذلك أجلا فالبيع صحيح . ويضرب للسلعة أجل الخيار فى مثلها .

قوله : (لا بالمجلس) أى كما يقوله الشافعى ، قال عج : إن اشتراط خيار المجلس فى العقد يفسده . قال الشيخ : ولى فيه بحث مع قولهم بصحة البيع المدخول فيه على مشورة شخص قريب ، ولا يفسد العقد بمجرد جهل زمن الخيار ، ثم قال : والذى يظهر لى عدم الفساد باشتراط الخيار لأحدهما ، ما داما فى المجلس لقصر زمن المجلس عرفا عن مدة المشورة .

قوله : (إذا ضربا لذلك أجلا) أى : حقيقة أو حكما ؛ الأول ظاهر ، والثانى : كما إذا كان لهم عرف شرعى فى أجل الخيار وقد دخلوا على الخيار ، ولم يصرحا بالأجل إلا أنهما داخلان معنى عليه ، فيكون عدم الجواز إذا لم يكن لهم عرف شرعى بهذا الاعتبار ، بأن لم يكن لهم عرف أصلا ، ولم يصرحا بشىء ، أو عرف زائد على الأجل الشرعى بكثير وقد دخلوا معنى عليه ، أو دخلوا صريحا على مدة زائدة على الشرعى بكثير ، أو دخلوا على مدة مجهولة كإلى قدوم زيد ، ولا يعلم لقدومه أمد ، كان لهم عرف أم لا فى هذين .

ولا شك فى الفساد فيما عدا الأول ، لقول خليل : وفسد لمدة زائدة أو مجهولة .

وأما الأول وهو : ما لم يكن لهم عرف شىء ، ولم يصرحا بشىء ، فالبيع صحيح ، وهو الذى يحمل عليه قوله : فإن اشتراطا الخيار ولم يضربا لذلك أجلا ، وهو بمعنى قول غيره : فلو وقع على الخيار ، ولم يذكرا مدة معلومة ولا مجهولة ، صح وحمل على خيار مثل تلك السلعة ، فيكون من غير الجائز ما هو صحيح ومنها ما هو فاسد ، فقوله : صح البيع ، أى : وهو غير جائز إلا أنه يعارض ظاهر المدونة ، لأنها قالت : ومن ابتاع شيئا بالخيار ولم يضربا له أمدا جاز البيع ، وجعل له من الأمد ما ينبغى .

قوله : (أجل الخيار فى مثلها) سيأتى تفصيله فى قول الشارح : فالخيار فى الثوب إلى آخر ما سيأتى ، فقول المصنف : إلى ما تختبر فيه تلك السلعة ، هذا هو الذى يأتى تفصيله ، وكذا سيأتى تفصيل قوله : أو إلى ما تكون فيه المشورة .

ويشترط فى الأجل أن يكون (قَرِيبًا) ونهايته (إِلَى ما تُخْتَبَرُ فِيهِ تِلْكَ السِّلْعَةُ) المبيعة (أَوْ) إلى (مَا تَكُونُ فِيهِ المَشُورَةُ) – بفتح الميم ، وسكون الشين ، وفتح الواو ، وبضم الشين وإسكان الواو – وكان ينبغى أن يقدم المشورة لأنها أصل والاختبار فرع ؛ وفائدة ذلك إذا اختلفا ، فقال المشترى : ادفع إلىّ السلعة لأختبرها ، وقال البائع : لا أدفعها لك ، وإنما وقع البيع لأجل المشورة ، فالقول قول البائع ، لأنه ادعى الأصل ، والمشورة تكون فى قلة الثمن أو كثرته ، وفى الإقدام على الشراء ، أو على البيع .

قوله : (لأنها أصل والاختبار فرع) انظر هذا مع أنه على المشورة ليس متفقا عليه ، لقوله : وما ذكره من جواز البيع على المشورة هو المشهور ، أى : وعن ابن القاسم منعه ، كمذهب أحمد ، أى : وأما للاختبار فهو متفق عليه ، خصوصا وقد ورد به الحديث : « الْمُتَبَايِعَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِٱلْخِيَارِ عَلَى صَاحِبِهِ مَا لَمْ يَتَفَرَّقَا إِلَّا بيع ٱلَخِيَارِ » (١) إلا أن يريد بالأصالة كثرة الوقوع والفرعية عدمها .

قوله : (وفائدة ذلك) محصل ما تتضح به المسألة : أنه إذا كان الخيار لاختبار الثمن أو للتروى فى إمضاء العقد وعدمه ، فمحل السلعة عند البائع إذا تنازعا فيمن تكون عنده ، وإن كان لاختبار أكل السلعة ، أو عملها ، أو لبنها فمحلها عند المشترى ، ويلزم البائع تسليمها للمشترى إن بين ذلك وقت العقد ، فإن وقع العقد مطلقا من غير بيان واتفقا على الإطلاق لم يلزمه تسليمها ، وإن لم يتفقا وادعى كل نقيض قصد صاحبه ، فسخ البيع حتى يحصل الاتفاق على شيء .

قوله : (لأختبرها) أى : لأن البيع وقع لأجل الاختبار .

قوله : (فى قلة الثمن) يجوز أن تكون من جانب المشترى أو البائع ، أى : فالبائع يقول : أشاور إن كان الثمن كثيرا بعت وإن كان قليلا رددت ، والمشترى بعكسه .

وقوله : (وفى الإقدام على الشراء) ناظر للمشترى .

وقوله : (أو على البيع) ناظر للبائع .

---

(١) الموطأ : ٦٧١/٢ ، البخارى ٢٨٣/١ طبع الهد ، مسلم : ٦/٢ طبع الهند ، الترمذى : ١٦١/١ وفى أبى داود وابن ماجه وغيرها من كتب الحديث .

والاختبار يكون فى حالة السلعة ، وهو مختلف باختلاف السلعة فالخيار فى الثوب اليومُ واليومان وشبه ذلك ، وفى الدابة تركب اليوم واليومان والثلاثة ؛ وفى الرقيق الخمسة أيام والجمعة لاختبار حاله وعمله ؛ وفى الدار الشهر ونحوه ، وروى والشهران . .

قوله : (فالخيار فى الثوب الخ) ومثله بقية المعروض ، ومنها الكتب والمثليات .

قوله : (وشبه ذلك) قال العلامة خليل : وكثلاثة فى ثوب . وفى شرح الشيخ إلحاق السفن بالثوب ، فيكون الخيار فيها ثلاثة أيام . ونظر فيها بعضهم .

قوله : (وفى الدابة تركب) اعلم : أن الدابة إما أن تكون ليس شأنها أن تركب كالبقر والغنم ، أو شأنها أن تركب ، ولم يشترط اختبارها بالركوب بل كان المقصود اختبار حالها بكثرة أكل وقلته ، فالخيار فيها ثلاثة أيام ونحوها ، وإما أن يراد اختبارها بركوبها فى البلد ، فالخيار فيها يوم وشبهه ، لكن تركب على العادة ، وإما أن يراد اختبار ركوبها خارج البلد ، فالخيار فيها بريد ونحوه ، فلو شرط اختبارها للركوب وغيره كمعرفة أكلها ، فإنه يكون له الخيار فيها ثلاثة أيام ونحوها .

إذا تقرر ذلك فقول الشارح : وفى الدابة تركب اليوم واليومان والثلاثة غير ظاهر ، لأن هذا إنما هو فى دابة ليس شأنها أن تركب إلى آخر ما قلنا .

قوله : (والخمسة أيام والجمعة) بل والعشرة أيام ، واستخدامه بما يحصل به اختبار حاله فقط ، بشرط أن تكون الخدمة يسيرة لا ثمن لها ، وأن يكون الرقيق من عبيد الخدمة ، فإن كان ذا صنعة لم يستعمله إن أمكن معرفتها بدونه وهو عند البائع ، وإلا استعمله وعليه أجرته ، ولا يجوز اشتراط شىء من كسبه أو تجره للمشترى ، وللمشترى استخدام الأنثى دون غيبته عليها ، بأن تجعل الأمة تحت يد أمين وتأتى وقت الخدمة .

وقوله : (وعمله) عطف خاص على عامّ .

قوله : (وفى الدار الشهر ونحوه) وهو ستة أيام ، أى : لاختبار جدرها ، وأسسها ، ومرافقها ، ومكانها ، وجيرانها ، ومثل الدار الأرض ، وبقية أنواع العقار ، وهذا هو المعتمد ، وما بعده ضعيف كما أفاده عج .

قوله : (وروى والشهران) جعله ابن الحاجب خلافا ، وابن يونس ، وابن رشد تفسيرا للمذهب .

وما ذكره من جواز البيع على المشورة أى مشورة شخص هو المشهور لكن يشترط حضوره أو قرب غيبته أما إذا اشترط مشورة شخص بعيد عن موضعه ، فإن البيع يفسد ، كما يفسد إذا كان أمد الخيار زائدا على التحديد السابق ، أو مجهولا ، كقوله : إلى قدوم زيد ولا أمد له عندهم ، ولا أمارة (وَلاَ يَجُوزُ النَّقْدُ فِي) بيع (الْخِيَارِ وَلاَ فى) البيع على (عُهْدَةِ الثَّلَاثِ) وهى بيع الرقيق على أن يكون

ولا يجوز للمشترى أن يسكنها إذا كان كثيرا بشرط أو غيره ، لاختبار حال المبيع أم لا ، ويفسد البيع باشتراطه هذا إذا كان بلا أجر ، فإن كان به جاز ، وأما إذا كان يسيرا فإن لم يكن لاختبار حالها ، فيجرى فيه ما جرى فى الكثير ، وإن كان لاختبار حالها ، فتجوز بشرط وبدونه ولو بلا عوض .

ومدة الخيار فى الفواكه والخضر ، قدرَ ما يشاور الناس بقدر الحاجة مما لا يقع فيه تغيير ولا فساد ؛ واستظهر أن يابسها كلوز ثلاثة أيام ، قال بعض : وينبغى أن يكون مثل ركوب الدابة : الحرث عليها ، والطحن ، والحمل ، والدرس ، والسقى اهـ . فيكون الخيار كيوم . وقرر بعضهم : أنه يدخل فى الدابة : الطير كالدجاج ، والإوز ، فالخيار فيها ثلاثة أيام . وفى شرح الشيخ ونحو الدجاج والطيور ، بقية الحيوانات التى لا عمل لها مدة الخيار ما لا تتغير فيه .

تتمة : بقى ما إذا كان الخيار للتروى فى الثمن ، فلم يتكلم عليه الشارح لأنه إنما ذكر المشورة ، واختبار حال المبيع ، والحكم فيه ، كما إذا كان لاختبار حال المبيع ، أى : فيختلف باختلاف حال المبيع ، وقيل : إن كان للتروى فى الثمن فثلاثة أيام مطلقا .

قوله : (أما إذا اشترط مشورة شخص بعيد عن موضعه) المراد بالبعد : أن لا يعلم ما عنده إلا بعد فراغ مدة الخيار وما ألحق بها ، أى : كالستة أيام زيادة عن الشهر بالنسبة للدار بأمد بعيد ، أى : لهما أو أحدهما ، ولم أر تحديد البعد .

قوله : (كما يفسد إذا كان أمد الخيار زائدا على التحديد السابق) أى : أن البيع يكون فاسدا إذا وقع على خيار أكثر من خيار تلك السلعة وما ألحق به بكثير .

تنبيه : ما يقطع الخيار إما قول : كرضيت ، أو فعل : ككتابة العبد ، أو تزويجه ، أو قصد تلذذ أو غير ذلك .

قوله : (ولا أمارة) أى : ولا علامة وهو عطف مغاير .

الضمان على البائع فيما يظهر فيه من العيوب مدة ثلاثة أيام بعد العقد ، وابتداؤه من أول النهار من المستقبل (وَلَا) يجوز أيضا النقد (فِي) بيع الأمة (المُوَاضَعَةِ) وهى أن توقف الجارية العلية ، أو التى أقر البائع بوطئها على يد أمين ، رجل أو امرأة ، حتى يتبين : هل رحمها مشغول أم لا ؟ ولا تجعل على يد أمين لا أهل له ، ويكره أن تجعل على يد المبتاع للتهمة على الوطء ، ويجزىء ، وكذلك البائع ، وإنما يمتنع النقد فى هذه المسائل الثلاث إذا كان (بِشَرْطِ النَّقْدِ) لأنه تارة

قوله : (فيما يظهر فيه من العيوب الخ) لا مفهوم للعيوب بل له أن يرده على بائعه بكل ما حدث فيه عند المشترى فى زمنها حتى الموت ، ما عدا ذهاب المال . فمن اشترى عبدا واشترط ماله ، ثم ذهب فى زمن العهدة ، فلا يرد به .

قوله : (وابتداؤه) الأنسب وابتداؤها ، أى : المدة ، أى : إن وقع العقد بعد الفجر فلا يحسب ذلك اليوم كما صرحوا به .

قوله : (أو التى الخ) أى : الوخش التى أقر البائع بوطئها ، وأما الأمة التى لا تُتواضَع وهى الوخش التى لم يقر البائع بوطئها ، فإنها تستبرأ بحيضة عند مشتريها ، ولا يمتنع اشتراط النقد لثمنها ، ولعل الفرق غلبة توقع حمل من تُتواضَع وندرة حمل غيرها .

قوله : (حتى يتبين هل رحمها الخ) أى : بحيضة إن كانت ممن تحيض ، وبثلاثة أشهر إن كانت يائسة من الحيض لصغر أو كبر ، ممن يوطأ مثلها ، بكرا كانت أو ثيبا ، أمنت الحمل أم لا .

وقول الشارح : (رجل أو امرأة) أى : رجل له أهل أو امرأة ، ولكن يندب أن يكون على يد النساء ، ويكتفى بامرأة على المعتمد ، وإن ظهر بها حمل زمن المواضعة كان عيبا فى العلية يخير المشترى فى ردها والتماسك بها إذا كان الحمل من غير السيد ، وأما منه فهى أم ولد يفسخ بيعها .

قوله : (ويكره أن تجعل على يد المبتاع) وكذا البائع ، أى : إن كان كل مأمونا وإلا فيحرم .

قوله : (إذا كان بشرط النقد الخ) ظاهر كلام أهل المذهب : ولو أسقط بل ولو لم يحصل نقد بالفعل ، ولا يقال : العلة إنما تظهر مع النقد بالفعل ، لأنا نقول : لما كان النقد بالفعل يصحب الشرط غالبا نزل غير الحاصل منزلة الحاصل . ومثل ذلك مسائل تفسد مع

يصير بيعا ، وتارة سلفا ، فإن وقع فسخ البيع ، مفهومه : أنه إذا وقع بغير شرط جاز ، وهو كذلك لبعد التهمة فى ذلك (وَالنَّفَقَةُ) والكسوة (فِي ذَلِكَ) أى : فى بيع الخيار ، وعلى عهدة الثلاث ، وعلى المواضعة (وَالضَّمَانُ عَلَى الْبَائِعِ) ما ذكره فى النفقة فى الثلاث لا كلام فيه ، وما ذكره فى الضمان هو كذلك فى العهدة والمواضعة ، وأما فى الخيار فليس على إطلاقه بل فيه تفصيل ذكره فى المختصر وهو : إن كان المبيع مما لا يغاب عليه فضمانه من البائع ، وإن كان مما يغاب عليه وقبضه

شرط النقد لا مع عدمه : بيع الغائب ، وأرض لم يؤمن ريها ، وجُعل ، وإجارة بحرز زرع ، وأجير تأخر شهرا .

وبقى مسائل أربع يمتنع النقد فيها ولو تطوعا ، أشار لها الشيخ خليل بقوله : ومنع وإن بلا شرط فى مواضعة ، وغائب ، وكراء ضُمِن ، وسلم بخيار . فقوله : بخيار ، راجع للأربع مسائل .

وإنما امتنع النقد – ولو تطوعا – لما يلزم عليه من فسخ ما فى الذمة فى مؤخر . وقول خليل : وكراء ضمن ، لا مفهوم له بل المضمون والمعين سواء .

تنبيه : موضوع المؤلف أن المتبايعين دخلا على شرط المواضعة ، وأما لو شرطا عدم المواضعة أو كان العرف جاريا بعدمها ، كما فى بياعات مصر ، فلا يضر اشتراط النقد ، ولكن لا يقران على ترك المواضعة بل تنزع من يد المشترى ، ويجبران على وضعها تحت يد أمينة .

قوله : (لأنه تارة يصير بيعا) أى : لأنه يصير مترددا بين السلفية والثمنية .

وقوله : (لبعد التهمة) أى ، لا يتهمان على الدخول على التردد إذا كان النقد تطوعا .

فالحاصل : أن التردد بين السلفية والثمنية إنما يضر إذا كانا داخلين عليه باشتراط النقد . فتدبر .

قوله : (والنفقة) مبتدأ ، والضمان عطف عليه ، وقوله : على البائع ، خبر .

قوله : (والكسوة) حله يؤذن بأن المصنف قاصر حيث لم ينص على الكسوة ، وليس كذلك لأن من جملة النفقة الكسوة . فتدبر .

قوله : (مما لا يغاب عليه) أى : الذى لا يمكن إخفاؤه كالحيوان ولو صغيرا ، ومثله العقار .

المشترى ، فضمانه منه إلا أن تقوم بينة على هلاكه فيبرأ ، ولما تقدم له ذكر المواضعة ، بين أنها لا تكون فى كل الإماء بقوله (وَإِنَّمَا يُتَوَاضَعُ) وجوبا (لِلاَسْتِبْرَاءِ) جاريتان الجارية (الَّتِى) تكون (لِلْفِرَاشِ فى الْأَغْلَبِ) وإن لم يعترف البائع بوطئها ، إذ الغالب فيمن هى كذلك أن توطأ ، فنزل الأغلب منزلة المحقق احتياطا للفروج

وقوله : (فضمانه من البائع) أى : إذا لم يظهر كذب المشترى ، ولكن لابد من حلفه ولو غير متهم ؛ وصفة يمينه إن كان متهما أن يقول : لقد ضاعت فى دعوى الضياع ، أو تلفت - فى دعوى التلف - وما فرطت ؛ وغير المتهم يكفى أن يقول : ما فرطت .

قوله : (فضمانه منه) أى : من المشترى ، وعبارة **تت** : وأما بيع الخيار ، فإن كان المبيع بيد البائع فضمانه منه ، كان مما يغاب عليه أم لا ، وسواء كان الخيار له ، أو للمبتاع ، أو لهما ، أو لغيرهما .

وإن كان قبضه المبتاع ، وهو مما لا يغاب عليه ، فإن ظهر هلاكه من غير سبب فواضح ، وإن خفى ولم يقم دليل على كذبه ، وادعى هلاكه من غير سبب ، استظهر عليه باليمين ، وإن ظهر كذبه كدعواه موت دابة بحضر ، ولم يعلم بذلك الجيران لم يصدق ، ويضمن حينئذ . وإن كان مما يغاب عليه فضمانه منه إلا أن تقوم بينة على هلاكه بغير سببه اهـ وهى أتم من عبارة شارحنا .

تنبيه : لو ادعى المبتاع أن المبيع هلك أيام الخيار ، وقال البائع بل بعد أيام الخيار ، فالقول قول البائع بيمينه . هذا إذا تصادقا على انقضاء أيام الخيار ، وأما لو ادعى على البائع انقضاءها ، والمشترى البقاء فالقول للمشترى الذى أنكر التقضى .

قوله : (وإنما يتواضع) تقدم تفسير المواضعة بأنها عبارة عن إيقاف الجارية العلية ، أو التى أقر البائع بوطئها تحت يد أمين .

وقوله : (فى الأغلب) متعلق بالكون المقدّر الذى أشار له الشارح بقوله : التى تكون الخ .

تنبيه : يستثنى من ذلك : ذات زوج ، وذات حمل ، ومعتدة من وفاة ، أو من طلاق ، ومستبرأة من غصب ، ومستبرأة من زنا ، وكذا التى لا يوطأ مثلها . انظر شراح خليل .

قوله : (احتياطا للفروج) الأَوْلى أن يقول : احتياطا للأنساب .

(أَوِ) الجارية (الَّتِى أَقَرَّ الْبَائِعُ بِوَطْئِهَا وَإِنْ كَانَتْ وَخْشًا) خشية أن تكون حملت فترد (وَلَا تَجُوزُ الْبَرَاءَةُ فِى الْحَمْلِ) إذا كانت الأمة علياء ، ولم يطأها البائع ، فلو تبرأ من حملها ، فسخ البيع وبطل الشرط على المشهور (إِلَّا) أن يكون الحمل (حَمْلاً ظَاهِرًا) فيجوز حينئذ اشتراط البراءة من حملها ، وقيدنا بالعلياء احترازا من الوخش ، فإنه يجوز اشتراط البراءة من حملها مطلقا ، سواء كان الحمل ظاهرا

قوله : (وإن كانت وخشا) الواو للحال .

قوله : (علياء) بفتح العين مع المد ، وضمها مع القصر .

قوله : (ولم يطأها البائع) أى : أو وطئ واستبرأ ، وأما لو وطئ ولم يستبرئ فلا .

وحاصل هذه المسألة : أنه متى قصد التبرى امتنع إن وطئ ، ولم يستبرئ علية ، أو وخشا ظاهرة الحمل ، أو خفيته ، فإن لم يطأ أو استبرأ جاز التبرى فى ظاهرته [1] علية أو وخشا ، وفى خفيته فى الوخش دون العلية ، وأما إذا قصد استزادة الثمن ، امتنع فى ثمان صور علية ، أو وخشا ، ظاهرة الحمل ، أم لا ، وطئها وادعى استبراء أم لا ، فإن لم يصرح بما قصد ، حمل على الاستزادة فى الوخش ، لأنه يزيد فى ثمنها .

وكذا الحكم فى حيوان غير آدمى ، لأن النسل يقصد من البهيمة كثيرا ؛ وعلى التبرى فى الرائعة لنقص ثمنها بالوطء غالبا .

قوله : (على المشهور) متعلق بقوله فسخ ، ويلزم من الفسخ بطلان الشرط؛ والمقابل يقول بعدم الفسخ .

قوله : (إلا أن يكون الحمل حملا ظاهرا) جعل حملا فى المتن منصوبا على أنه خبر كان المحذوفة ، ويجوز أن يكون منصوبا على الاستثناء على الإطلاق فى الحمل . وفى بعض النسخ إلا الحمل بالجر بدل من الحمل المجرور بمن ، وهو الأولى فى المستثنى بعد النفى أو شبهه .

قوله : (إذا لم يكن من السيد) أى : ومحل جواز التبرى من الحمل الظاهر مطلقا ، والخفى فى الوخش إلا أن يكون الحمل من سيدها بل إذا وطئها ولم يستبرئ ، لا يجوز التبرى من حملها .

---

(١) الضمير يعود على الحمل . المحقق .

أم لا ، إذا لم يكن من السيد ، وكان دون ستة أشهر ، أما إذا كان بعد ستة أشهر ، فهى مريضة لا يجوز بيعها . والفرق بين العلياء وغيرها كثرة الغرر فيها ، وقلته فى الوخش ، إذ العلية يحط الحمل من ثمنها كثيرا ، إذا ظهر بها بخلاف الوخش (وَالْبَرَاءَةُ فِي الرَّقِيقِ جَائِزَةٌ) ظاهره : أن غير الرقيق لا يجوز فيه البراءة ، وهو المشهور . والجواز مقيد بشيئين : **أحدهما** أشار إليه بقوله : (مَا لَمْ يَعْلَمْ بِهِ الْبَائِعُ)

قوله : (أما إذا كان بعد ستة أشهر الخ) فيه نظر ، لأن الحامل فى السادس أو السابع يجوز بيعها مطلقا ، كانت مما يعقل أم لا .

والتفصيل أى : بين التى كملت ستة أو لا ، إنما هو إذا كانت هى المتولية للعقد ، أى : بائعة لا معقودا عليها ، فإن قلت : ما الفرق بين الظاهر والخفى فى الرائعة ، حيث جاز التبرى فى الأول دون الثانى ؟ **قلت** : هو الغرر فى الخفى ، لأن المشترى يجوز وجوده وعدمه ، بخلاف الظاهر فإنه يتحقق وجوده فلا غرر فيه .

قوله : (والبراءة فى الرقيق) أى : بأن يشترط على مشتريه عدم رده عليه بعيب يظهر كإباق أو سرقة ، قال ابن عمر : يريد فى غير الحمل ، يدل عليه قوله قبل : ولا تجوز البراءة من الحمل إلا حملا ظاهرا ، فإن تبرأ ، أو حصل عيب فيه ، فعلى البائع اليمين للمبتاع أنه ما علمه ، وإن نكل ردت اليمين على المبتاع ، ويحلف أنه علمه وكتمه أو لا ، وقيل لا ترد عليه اهـ .

قوله : (ظاهره أن غير الرقيق الخ) أى : لأن الرقيق يمكنه التحيل بكتم عيوبه أو بعضها ، بخلاف غيره لا يتأتى منه تحيل ، فلا يجوز لبائع نحو جمل التبرى من عيبه ، فشرط البراءة فيه باطل ، والعقد صحيح ، فمتى ظهر به عيب ، وثبت قدمه عند البائع ، ولم يعلم به المبتاع عند العقد ، ثبت له الخيار ، ولو تبرأ البائع منه .

قوله : (وهو المشهور) وقيل : تفيد فى كل شىء من عرض وغيره ، وهو لمالك فى كتاب ابن حبيب .

قوله : (ما لم يعلم به البائع الخ) يعلم منه أن الرقيق مباع ، وأما عبد القرض ، فلا يجوز التبرى فيه لا أخذا ولا ردا . أما الأول : فلدخوله على سلف جر نفعا . وأما الثانى : فلأدائه إلى تهمة ضمان بجعل .

أما إذا علم أن به عيبا وتبرأ منه فلا يفيده ، ويجب عليه أن يبينه للمشترى ، ولا يجمل فى البيان . **والآخر** ذكره فى المختصر وهو : أن تطول إقامته عنده ، احترازا مما إذا اشترى عبدا – مثلا – فباعه بقرب ما اشتراه وشرط البراءة ، فإنه لا ينتفع بذلك على المشهور (وَلا يُفَرَّقُ) بمعنى لا يجوز أن يفرق (بَيْنَ الْأُمِّ) من النسب فقط (وَبَيْنَ

قوله : (ولا يجمل فى البيان) فإذا كان العيب ظاهرا : كالعور ، والقطع ، فيريه له ، ونحو : الإباق ، والسرقة ، وصفه وصفا شافيا بعد بيان أنه به ، بأن يقول له : يأبق ، أو يسرق ، وبعد ذلك يفصل له ، بأن يقول : أبق عندى مرتين ، أو ثلاثا ، أو سرق مرارا الأمر الفلانى ، لأن المشترى ربما يغتفر سرقة نحو الرغيف ، ولا يكفى الإجمال بأن يقول : فيه جميع العيوب . وإذا قال : سارق ، فقيل ينفعه ذلك فى البراءة من يسير السرقة دون المتفاحش ، وعليه البساطى ، والنقل يوافقه ، وقيل لا ينفعه مطلقا . قال بعض شراح خليل : والظاهر أنه ينظر فى اليسير والكثير لأهل المعرفة .

قوله : (والآخر ذكره فى المختصر) أى : ولم يذكره المصنف ، أى : وإن كان صاحب المختصر ذكر الأول أيضا .

قوله : (أن تطول إقامته الخ) أى : بحيث يغلب على الظن أنه لو كان به لظهر له ، لا إن باعه بفور شرائه ، كما قال الشارح .

قوله : (فإنه لا ينتفع بذلك على المشهور) ومقابله : أنه ينتفع بذلك ، وهو لعبد الملك .

قوله : (ولا يفرق بين الأم وبين ولدها) يستثنى الحربية ، فإن التفرقة بينها وبين ولدها جائزة ، وكذا للمعاهد التفرقة ؛ ويكره لنا الاشتراء منه مفرقا ؛ ويجبر المشترى والبائع على الجمع فى ملك مسلم غيرهما ، أو ملك المشترى ، ولا يفسخ لأنه إذا فسخ رجع إلى ملك المعاهد . والكراهة محمولة على التحريم عند أبى الحسن .

وانظر : هل يجبران على الجمع أيضا إذا حصلت التفرقة بغير عوض ، على أحد القولين ، أو يكتفى بجمعهما فى حوز اتفاقا ؟ وأما الذمى فليس كذلك ، فيمتنع من التفرقة .

ويفرق : مبنى لما لم يسم فاعله ، ونائب الفاعل الظرف .

وقوله : (بين الأم) أى : دنية ، فلا تحرم التفرقة بين الجدة وولد ولدها .

وَلَدِهَا فِي الْبَيْعِ) ونحوه كهبة الثواب ، سواء كانا مسلمين ، أو كافرين ، أو أحدهما كافرا ، والآخر مسلما ، وسواء كان البائع والمشترى مسلمين ، أو كافرين ، أو أحدهما مسلما ، والآخر كافراً ، لعموم قوله ﷺ : « مَنْ فَرَّقَ بَيْنَ وَالِدَةٍ وَوَلَدِهَا ، فَرَّقَ ٱللَّهُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ أَحِبَّتِهِ يَوْمَ ٱلْقِيامَةِ » (١) رواه الترمذى وحسنه .

وظاهر كلامه أن التفرقة ممتنعة ولو رضيت الأم بذلك ، وهو كذلك فى كتاب محمد عن مالك ، واختاره ابن يونس . وهو مبنى على أن الحق للولد فى الحضانة ؛ والمشهور أن الحق للأم . فإن رضيت بالتفرقة صح البيع ، وتقييدنا الأم

قوله : (كهبة الثواب) أى : وهب أحدهما للثواب ، أى : أو دفع أحدهما أجرة ، أو صداقا من كل عقد معاوضة ، ومثل ذلك : القسمة . فمن مات عن جارية وأولادها الصغار ، لا يجوز لورثته أن يأخذ واحد الأم ، والآخر الولد . وأما غير ذلك كدفع أحدهما صدقة أو هبة لغير ثواب ، فلا يحرم . واختلف فقيل يجبران على جمعهما بعد فى ملك ؛ وقيل يكتفى بجمعهما فى حوز . وتجوز التفرقة بينهما فى العتق ، ويكتفى بجمعهما فى حوز اتفاقا .

قوله : (سواء كانا مسلمين أو كافرين) وسواء كان ولدها من زوجها ، أو من زنا ، ولو كان مجنونا وأمه كذلك إلا أن يخاف من أحدهما على الآخر . والمسبية مع صغير تدعيه أنه ولدها ، فيقبل قولها حيث قامت قرينة على صدقها ، كما قال ابن عرفة .

وتثبت البنوة المانعة للتفرقة بالبينة ، أو بإقرار مالكيهما ، أو دعوى الأم مع قرينة صدقها . وتصديق المسبية إنما هو من جهة التفرقة فقط ، لا فى غيرها من أحكام البنوة ، فلا يختلى بها إذا كبر ، ولا توارث بينهما ، لكن هى لا ترث من أقرت به ، وأما هو فيرثها إن لم يكن لها وارث يحوز جميع المال .

قوله : (والمشهور أن الحق للأم) أى : وهو الراجح .

وقوله : (فإن رضيت الخ) وعلى أن الحق للولد فيمنع ولو رضيت .

قوله : (فإن رضيت بالتفرقة صح البيع) أى : وجاز كما يفيده اللقانى .

---

(١) المسند للإمام أحمد : ٤١٢/٥ . السنن الكبرى للبيهقى : ١٢٦/٩ و ١٢٧ ، وسنن الدارقطنى : ٦٦/٣ الترمذى فى البيوع : ٥٨٠/٣ وقال : حديث حسن غريب وأخرجه أيضا فى السير باب كراهية التفريق بين السبى : ١٣٤/٥ الحاكم فى المستدرك : ٥٥/٢ وقال صحيح على شرط مسلم ، وتعقبه فى نصب الراية ٢٣/٤٠ .

بالنسب ، احترازا من الأم من الرضاع ، فإن التفرقة بينها وبين الولد جائزة ، وبفقط ، احترازا من غيرها كالأب ، فإن التفرقة بينه وبين الولد جائزة .

وظاهر كلامه جواز التفرقة بين الحيوان البهيمى ، وهو ظاهر المذهب ، وعن ابن القاسم المنع ، وهو ظاهر الحديث . والمنع من التفرقة مغيا بغاية وهى : (حَتَّى يَثْغِر) – بفتح الياء ، وسكون المثلثة ، وكسر الغين المعجمة – بمعنى : حتى تسقط أسنانه ، قاله ك : وفى ضبط غريب وابن الحاجب : يثغر – بضم الياء ، وسكون الثاء – أى : تسقط أسنانه الرواضع ، أو – بفتح الياء ، وتشديد التاء المثناة أو المثلثة – أى : لم تنبت أسنانه بعد سقوط الرواضع اهـ فإذا أثغر جازت التفرقة حينئذ ، لاستغنائه عن أمه فى أكله ، وشربه ، ومنامه ، وقيامه .

قوله : (وهو ظاهر المذهب) وهو الراجح .

قوله : (وعن ابن القاسم المنع) أى : إلى أن يستغنى عن أمه بالمرعى .

قوله : (أى لم تنبت الخ) حاصله : أن الألفاظ ثلاثة : والأول منها مغاير للأخيرين ، وفى بعض الشراح جعلها بمعنى واحد ، ونصه : بفتح أوله ، وتشديد ثانيه ، وهو بمثناة فوقية أو ثاء مثلثة مفتوحة ، ويجوز أيضا بضم أوله وسكون ثانيه مع المثلثة فقط ، أى : ينبت بدل رواضعه بعد سقوطها اهـ .

والحاصل : أن هذا التفسير الثانى الذى ذكره الشارح هو الراجح ، وعلى هذا فلا يجوز التفرقة إلا بعد نبات ما سقط من الرواضع ، ولابد من أن يكون نباتها فى زمن معتاد ، فإن نبتت فى غير زمن اعتياد نباتها ، أى : سقطت الرواضع قبل زمن سقوطها عادة ونبتت بها حينئذ ، فلا يجوز التفرقة .

فقول الشارح : (فإذا أثغر) أى : معتادا .

وقوله : (لاستغنائه الخ) هكذا فى نسخة ، وفى الأخرى : جازت التفرقة حيث استغنى عن أمه فى أكله الخ ، وهى تفيد قيدا غير ما تقدم ، وهو أن مجرد إنباتها غير كاف بل لابد من بلوغها مبلغا يأكل به تأمل ، قاله عج ؛ وأفاد أيضا : أنه إذا أثغر ، أى : سقطت رواضعه ونبتت كلها لابعضها ولو المعظم ، ولو لم يتكامل نباتها جازت التفرقة . والمراد الإثغار المعتاد ، ويكتفى ببلوغه زمنه المعتاد ، وهو بعد السبع ولو لم يثغر بالفعل الخ .

ثم انتقل يتكلم على حكم البيوع الفاسدة إذا وقعت ، فقال : (وَكُلُّ بَيْعٍ فَاسِدٍ) كالبيع وقت نداء الجمعة (فَضَمَانُهُ مِنَ الْبَائِعِ) عبد الوهاب : لأنه على ملكه لم ينتقل إلى ملك المشترى (فَإِنْ قَبَضَهُ) أى : المبيع بيعا فاسدا (الْمُبْتَاعُ فَضَمَانُهُ مِنَ الْمُبتاعِ) على المشهور ، عبد الوهاب : لأنه لم يقبضه على جهة أمانته ، وإنما قبضه على جهة التمليك . ك قلت : جعله البيع الفاسد فيما تقدم غير ناقل ، وفى هذا جعله ناقلا ، وهذا اضطراب فى التعليل ، فتأمل . وظاهر كلام

تنبيه : لو حصلت التفرقة على الوجه الممنوع ، فيفسخ إن لم يجمعاهما فى ملك إلا أن يمضي زمن الحرمة ، بأن لم يطلع على ذلك حتى حصل الإثغار المعتاد ، وإلا مضى . ويضرب بائع التفرقة ومبتاعها ، كما قاله مالك ؛ وظاهره : ولو لم يعتاداه ، ومحل الضرب إن علما حرمته ، وإلا عذرا بالجهل .

قوله : (وكل بيع فاسد) أى : لعقده ، أو ثمنه ، أو مثمونه ، أو أجله ، أو غير ذلك بما يفسد به البيع من فقد ركن ، أو شرط ، أو وجود مانع ، كالنّساء ، والتفاضل فى الربويات ، متفقا على فساده ، أو مختلفا فى فساده .

فقول الشارح : (كالبيع وقت نداء الجمعة) الظاهر أنه مما فسد لعقده .

قوله : (فإن قبضه) أى : المبيع ، أى : قبضا مستمرا بعد بت البيع ، احترازا مما إذا اشترى سلعة شراء فاسدا فقبضها ، ثم ردها إلى البائع على وجه الأمانة أو غيرها ، فهلكت فإن ضمانها من بائعها ، لأن هذا القبض بمنزلة العدم ، وقيدنا بكونه بعد البت ، للاحتراز عن بيع الخيار ، فإن ضمانه من البائع ولو قبضه المشترى ، لأن البيع الصحيح إذا وقع على خيار ، الضمان فيه من البائع .

تنبيه : هذا الضمان ضمان أصالة لا ضمان رهان ، فلا ينتفى بإقامة البينة ، ولا فرق بين ما يغاب عليه وغيره .

وقوله : (أى المبيع) المفهوم من السياق كما فى التحقيق أو المفهوم من بيع .

قوله : (ك قلت جعله) أى عبد الوهاب .

قوله : (اضطراب فى التعليل) أى : فقوله وإنما قبضه على جهة التمليك ، يقتضى أنه انتقل لملك المشترى بالعقد ، فينافى قوله سابقا ، لأنه على ملكه لم ينتقل إلى ملك المشترى ،

الشيخ : أنه مكنه البائع من قبضه ولم يقبضه لاضمان عليه ، وهو كذلك . وحيث قلنا يضمنه المشترى فإنه يكون (مِنْ يَوْمِ قَبْضِهِ) لا من يوم عقده ، وإنما يضمن يوم العقد ما يكون صحيحا (فَإِنْ فَاتَ المَبِيعُ بَيْعاً فَاسِدًا بِأَنْ حَالَ) عليه (سُوقُهُ) أى تغير بزيادة فى الثمن أو نقص فيه (أَوْ تَغَيَّرَ فِى بَدَنِهِ) أى : فى نفسه

ويمكن الجواب : بأن قوله : إنما قبضه على جهة التمليك ، أى : بحسب زعمه ، أى : فلما قبضه على جهة التمليك بحسب زعمه ، وتعدى وأخذه ضمنه ، وإن لم ينتقل له الملك بحسب نفس الأمر .

قوله : (وحيث قلنا يضمنه المشترى) أى : يضمن المبيع فاسدا ، أشعر بأنه مما يحل تملكه احترازا من نحو الميتة ، والزبل ، والكلب ، فلا ضمان على المشترى ولو قبضه ، وأدى ثمنه ، والمراد غير المأذون فى اتخاذه .

تنبيه : إذا ردت السلعة بسبب الفساد ، يفوز المشترى بغلتها . وظاهر كلامهم : ولو علم المشترى بالفساد وبوجوب الفسخ ، إلا فى مسألة وهى : ما إذا اشترى شيئا موقوفا شراء فاسدا مع علمه بأنه وقف ، فيجب ردها حيث كان على غير معين ، أو على معين غير رشيد ، وأما على معين رشيد ، وباعه ذلك المعين ، فإنه يفوز المشترى بالغلة ولو علم بأنه وقف .

وكما يفوز المشترى بالغلة لا يرجع على البائع بكلفة الحيوان إذا كانت الغلة قدر الكلفة ، أو أكثر ، وأما لو زادت الكلفة على الغلة ، أو كان لا غلة له فيرجع على البائع بالزائد فى الأولى ، أو بكلها فى الثانية .

وقد يرجع بالنفقة مع كون الغلة له ، وذلك فيما إذا حدث فى المبيع فاسدا ما له عين قائمة كبناء ، وصبغ ، فيرجع بذلك مع كون الغلة له كسكناه ولبسه .

قوله : (وإنما يضمن يوم العقد ما يكون صحيحا) أى : مما لم يكن فيه حق توفية ووقع بتا ، فينتقل ضمانه للمشترى بمجرد العقد ، وأما إذا كان فيه حق توفية بأن كان مما يكال ، أو يوزن ، أو يعد ، فلا ينتقل ضمانه إلا أن يقبضه وهو بكيل ما يكال ، أو وزن أو عد ما يوزن أو يعد ، وكذا فى مسائل أخر فلتراجع فى خليل .

قوله : (بأن حال عليه) الخ ، إلا أن هذا إنما هو فى العروض والحيوان دون العقار

بزيادة أو نقص فإن كان مقوما (فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) بالغة ما بلغت كانت أكثر من الثمن أو أقل أو مثله (يَوْمَ قَبْضِهِ) لا يوم الفوات ولا يوم الحكم (وَلاَ يَرُدُّهُ) أى : لا يلزمه رد المقوم إذا كان موجودا جبرا ، فإن تراضيا على الرد جاز بعد معرفة القيمة لئلا يكون بيعا ثانيا بثمن مجهول (وَإِنْ كَانَ) مثليا (مِمَّا يُوزَنُ أَوْ يُكَالُ) أو يعد

والمثلى ، فإن تغير السوق لا يفيتهما ، وظاهره . ولو اختلفت الرغبة فيهما باختلاف الأسواق ، وسينبه على ذلك الشارح .

قوله : (أى فى نفسه) أشار إلى أن المراد بالبدن الذات ، فيصدق بالجماد لا خصوص الحيوان ، كما يتبادر من لفظ بدن .

قوله : (بزيادة أو نقص) كأن تتغير الدابة بسمن أو هزال ، بخلاف سمن الأمة ، وأما هزال الأمة فمفيت .

قوله : (فإن كان مقوما) قدره لمقابلة قوله : وإن كان مثليا .

قوله : (بالغة ما بلغت الخ) ، قال فى المصباح : وقولهم لزمه ذلك بالغا ما بلغ ، منصوب على الحال ، أى : مترقيا إلى أعلى نهاية من قولهم بلغت المنزل إذا وصلته اهـ . والظاهر أنه من مجاز الأول ، والتقدير : واصلة تلك القيمة إلى قدر يؤول إلى اتصافه بأنها وصلته ، فالعائد محذوف .

وقوله : (ولا يوم الحكم) أى : الحكم بالقيمة .

قوله : (جاز بعد معرفة القيمة) هذا قول ابن المواز ، وشهره ابن بشير ، ومقابله يصح وإن لم تعلم القيمة ، لأن الغرض هنا إسقاط التنازع . وبعد أن علمت المشهور فيقيد عند كون المبيع جارية أن تكون غير مواضعة ، وإلا فلا يجوز ، لأن القيمة دين على المشترى ، أخذ البائع فيها جارية فيها مواضعة فهو فسخ الدين فى الدين .

فائدة : إذا وجب رد القيمة ، فإنه يقاصصه بها من الثمن ، وأجرة المقوم على المتبايعين جميعا .

قوله : (مما يوزن أو يكال أو يعد) احترازا عن المثلى المشترَى جزافا ، فإنه يحرز ، ويقوم ، ويغرم قيمته ، ولا يرد مثله ، لأنه أشبه المقوم فى الفوات بحوالة الأسواق ما لم تعلم مكيلته بعد ، فيجب رد مثله . أشار له الحطاب .

(فَلْيَرُدَّ مِثْلَهُ وَلاَ يُفِيتُ الرِّبَاعُ حَوَالَةَ الْأَسْوَاقِ) ما ذكره أن تغير السوق مفيت هو المشهور فى المقوم ، وأما الثانى فالمشهور أنه غير مفيت فيه كالعقار . وفرق بين المثلى والمقوم ، بأن المثلى فيه القضاء بالمثل والقيمة كالفرع ، لا يعدل إليها مع إمكان الأصل ؛ وفرق بين العقار والمقوم بأن الغالب فى شراء العقار أن يكون للقنية ، فلا يطلب فيه كثرة الثمن ولا قلته بخلاف غيره (وَلَا يَجُوزُ سَلَفٌ يَجُرُّ مَنْفَعَةً) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك ، مثل أن يكون عنده حنطة رديئة يسلفها لمن يأخذ

قوله : (فليرد مثله) فإن تعذر المثلى فالقيمة كثمر فات إبانه ، وتعتبر يوم التعذر .

تنبيه : ما تقدم كله فى المتفق على فساده ، وأما المختلف فى فساده ولو خارج المذهب فيمضى بالثمن .

قوله : (فالمشهور أنه غير مفيت فيه) ومقابله ما لأشهب : من أنه مفيت فيه ، ومما يفيته أيضا طول زمان الحيوان ؛ واختلف فى مقدار الطول ، ففى كتاب التدليس من المدونة شهر ، وفى كتاب السلم منها ليس الشهران ولا الثلاثة بفوت إلا أن يعلم التغير ، قال المازرى : ليس بين الموضعين خلاف حقيقى ، وإنما هو اختلاف لفظى فى شهادة ، أى : شهادة وحضور ، أى : أن مالكا تكلم على حيوان بحسب ما عاينه ، فمرة رأى أن بعض الحيوانات يفيته الشهر لسرعة تغيره لصغر ونحوه ، ومرة رأى أن بعض الحيوانات لا يفيته الثلاثة لعدم ذلك ؛ وكذا يفيته نقل العروض كالحيوان ، والثياب ، والمثلى ، كقمح ، من موضع إلى آخر إذا كان بكلفة من كراء ، أو خوف طريق ، أو مكس ، فيرد قيمة العرض ومثل المثلى فى محلهما .

واحترزنا بكلفة من الحيوان الذى ينتقل بنفسه ، فإن نقله لا يفيته إلا فى خوف طريق ، والمراد شأنه الكلفة ولو نقله بعبيده — مثلا —.

وكذا يفيت وطء المشترى للمبيع بكرا ، أو ثيبا ، رفيعة ، أو وخشا ، لتعلق القلب بالأمة الموطوءة ؛ وكذا يفيته خروجه عن يد مبتاعه بهبة ، أو صدقة ، أو عتق ، أو بيع صحيح ، أو حبس ، وكذا رهنه ، وإجارته . وتفصيل ذلك يعلم من شروح العلامة خليل .

قوله : (والقيمة كالفرع) مفاده : أنه على تقدير فواته يرد قيمته ، وليس بلازم ، لأنه يمكن أن يقال بفواته ويرد مثله حينئذ ، كما قيل فى ذهاب دابة من أنه فوت ويرد مثله .

قوله : (يجر منفعة) أى : لغير المقترض ، بأن جر للمقرض أو لأجنبى من ناحيته ، فلا يقع جائزا إلا إذا تمحض النفع للمقترض .

قوله : (مثل أن يكون الخ) أو يقرض مقصوصا ليأخذ جيدا ، وأحرى الدخول على

منه عوضها جيدا (وَ) كذا (لَا يَجُوزُ بَيْعٌ وَسَلَفٌ) لما صح من قوله عليه الصلاة والسلام : « لَا يَحِلُّ سَلَفٌ وَبَيْعٌ » [١] وصورة ذلك : أن تبيع سلعتين بدينارين إلى شهر ، ثم تشترى واحدة منهما بدينار نقدا ، فكأن البائع خرج من يده سلعة ودينار نقدا ، يأخذ عنهما عند الأجل دينارين ، أحدهما : عوض عن السلعة وهو بيع ، والثانى : عوض عن الدينار المنقود وهو سلف (وَكَذَلِكَ) لا يجوز (مَا قَارَنَ السَّلَفَ مِنْ إِجَارَةٍ أَوْ كِرَاءٍ) لأنهما بيع من البيوع ، ولما تقدم له منع السلف

أكثر كمية ، وكدفع ذات يشق حملها ، ليأخذ بدلها فى الموضع الذى يتوجه إليه وقصده إراحته من حملها ، إلا أن يكون الحامل عليه كثرة الخوف فى الطريق فلا منع .

وحكم القرض الممنوع أنه يرد إلا أن يفوت بما يفوت به البيع الفاسد ، فلا يرد ، ويلزم المقترض القيمة فى المقوم ، والمثل فى المثلى ، ويجوز إقراض المجهول كملء غرارة بمثلها مع عدم معرفة ما فيها ؛ وجهل الأجل وما لا يباع كجلد الأضحية .

قوله : (وصورة ذلك) هذا مثال للاتهام على البيع والسلف ، والمذهب أنه لا يمنع ولا يمنع إلا البيع والسلف إذا كان بالشرط ، لأنه يخل بالثمن ، والإخلال إما من حيث كثرته إن كان الشرط من المشترى ، أو نقصه إن كان من البائع .

ومحل الفساد عند الشرط ما لم يسقطاه ، والأصح إن كان الإسقاط قبل فوات السلعة لا إن كان بعد فواتها ، ويجب حينئذ على المشترى الأكثر من الثمن والقيمة إن كان هو المسلف ، لأنه لما سلف البائع أخذها بالنقص ، وإن كان البائع هو المسلف كان على المشترى الأقل إلا أن يكون المشترى قد غاب على السلف بحيث انتفع به ، فإنه يلزمه القيمة كثرت أو قلت ، وهذا فى المقوم ، وأما المثلى فالواجب مثله مطلقا .

قوله : (لأنهما بيع من البيوع) عبارة تت أحسن ، ونصه : وكذلك لا يجوز ما قارن السلف من إجارة ، أو كراء ، بشرط السلف ، لأنهما من ناحية البيع ، فلا يجتمعان مع

---

(١) الموطأ : ٢/٦٥٧ . أبو داود : ٢/١٣٩ . النسائى : ١/٢٢٦ . الترمذى : ١/١٦٠ طبع الهند . والمستدرك ٢/١٧ طبع الهند .

فى بعض الصور ، خشى توهم طرد ذلك ، رفعه بقوله : (والسَّلَفُ) بمعنى القرض ، وهو : دفع المال على وجه القربة لله تعالى لينتفع به .

السلف كالبيع ، وإنما قلنا أحسن لأن الإجارة والكراء لبسا من البيع بالمعنى الأعم ولا بالمعنى الأخص .

واعلم أنهما لا خصوصية لهما بذلك بل النكاح ، والشركة ، والقراض ، والمساقاة ، والصرف ، لا يجوز شرط السلف مع واحد منها .

وملخصه : أن كل عقد معاوضة يمتنع جمعه مع السلف ، وأما اجتماع السلف مع الصدقة ، أو الهبة ، إن كان السلف من المتصدق أو الواهب ، فذلك جائز وإن كان بالعكس فلا يجوز ، وكذا لا يجوز جمع البيع مع واحد مما ذكر فى النظم وهو قوله :

عقود منعناها مع البيع ستة ويجمعها فى اللفظ جص مشنق
فجعل وصرف والمساقاة شركة نكاح قراض منع هذا محقق

وكذا لا يجوز جمع واحد منها مع الآخر .

قوله : (خشى توهم طرد ذلك) أى استمرار المنع فى جميع الصور .

قوله : (والسلف جائز) ويملك المقترض الشىء المقرض بالقول ، ولا يلزم رده إلا بعد انقضاء المدة المشترطة ، أو المعتادة إذا لم يشترط مدة ، ابن عرفة : وإن لم يكن أحدهما أجرى على العارية المنتفى فيها شرط الأجل والعادة ، وفيها خلاف فقيل : له رده ولو بالقرب، وقيل يلزمه أن يبقيه له القدر الذى يرى أنه أعاره لمثله ، واختاره أبو الحسن ، وليس من العمل بالعادة إذ قد تزيد عليه العادة بفرض وجودها اهـ .

قوله : (بمعنى القرض) يوهم أن فى السلف إجمالا بين المراد منه بقوله : بمعنى وهو كذلك ، لأن السلف يطلق ويراد به السلم .

قوله : (على وجه القربة) الإضافة للبيان ، وعبر به إشارة إلى أنه لا يشترط فيه النية ، لأن القربة ما يتقرب به بشرط معرفة المتقرب إليه وإن لم يحتج لنية ، والطاعة امتثال الأمر وإن لم يعرف المأمور ، والعبادة امتثال الأمر مع معرفة الآمر ومع النية .

وقوله : (لله) متعلق بالقربة بمعنى التقرب .

وقوله : (لينتفع به) علة لقوله : دفع المال ، ويمكن أن يكون قوله : لله ، تعليلا لقوله : دفع المال ، وقوله : لينتفع به ، تعليل للمعلل مع علته .

آخذه ، ثم يرد له مثله أو عينه (جَائِزٌ) أى : مندوب إليه (فِي كُلِّ شَيْءٍ) من سائر الممتلكات التى يجوز بيعها (إِلَّا فِي الْجَوَارِي) فإنه لا يجوز ، لأنه يؤدى إلى إعارة الفروج إلا أن يكون القرض لامرأة ، أو لذى محرم ، أو كانت فى سن من لا توطأ ، فإنه يجوز على ما قيد به اللخمى وغيره المدونة ؛ ووقع فى بعض النسخ عقب قوله إلا فى الجوارى : (وَكَذَلِكَ تُرَابُ الْفِضَّةِ) ك : أى : لا يجوز قرضه ، وهو ساقط فى روايتنا .

قوله : (لينتفع) أى : لقصد أن ينتفع انتفع بالفعل أم لا ، فانطبق على ما بعده ، وأراد تعريف القرض الجائز شرعا ، فلذلك قيده بقوله : على وجه القربة .

وقوله : (أو عينه) فيجوز للمقترض أن يرد مثل الذى اقترضه ، وله أن يرد عين الذى اقترضه ، وهذا ما لم يتغير بزيادة أو نقصان ، فإن تغير بنقص فواضح عدم القضاء بقبوله ، ولو تغير بزيادة فاستظهروا وجوب القضاء بقبوله .

قوله : (أى مندوب) لما كان ظاهر المصنف أنه مباح ، وليس كذلك ، أجاب الشارح بأن مراده بالجائز المأذون فيه شرعا ، فلا ينافى أنه مندوب لما فيه من إيصال النفع للمقترض ، وتفريج كربته ، وقد يعرض له ما يقتضى وجوبه ، أو حرمته ، أو كراهته ، وتعسر إباحته .

قوله : (التى يجوز بيعها الخ) فيه نظر ، والأولى أن يقول فى كل شىء يحل تملكه ولو لم يصح بيعه ، فيدخل جلد الميتة المدبوغ ، ولحم الأضحية ، وملء الظرف المجهول .

قوله : (إلا فى الجوارى) فإنه لا يجوز ، وترد إلا أن تفوت بمفوت البيع الفاسد فالقيمة ؛ ولا ترد كاستيلادها ، ولا يغرم المشترى قيمة ولدها ، ولا تكون به أم ولد ؛ وكذا القيمة لازمة للمقترض بفواتها بوطء تحقيقا أو ظنا كغيبته عليها ، ولا يجوز التراضى على ردها إلا فيما إذا فاتت بحوالة سوق ونحوه ، فيجوز أن يتراضيا على ردها ، وليس فيه تتميم للفاسد ، لأن ذاتها عوض عما لزمه من القيمة ، ولا محذور فى ذلك .

قوله : (لأنه يؤدي إلى إعارة الفروج) أى : لأن المقترض يجوز له أن يرد نفس الذات المقترضة وربما يكون ردها بعد التلذذ .

قوله : (أو كانت فى سن من لا توطأ) قال فى التحقيق : وهذا عندى فيه نظر ، لأن

(وَلَا تَجُوزُ الْوَضِيعَةُ مِنَ آلدَّيْنِ عَلَى تَعْجِيلِهِ) عَلَى المشهور ؛ وتسمى هذه المسألة عند الفقهاء : ضع وتعجل ، وصورتها : أن يكون لشخص على آخر دين إلى أجل فيسقط بعضه ويأخذ بعضه ، مثل : أن يكون عليه مائة درهم إلى شهر ، فيقول له رب الدين : عجل لي خمسين وأنا أضع عنك خمسين ، وإنما امتنع هذا لأن من عجل شيئا قبل وجوبه عد مسلفا ، فكأن الدافع أسلف رب الدين خمسين ليأخذ من ذمته إذا حل الأجل مائة ، ففيه سلف بزيادة ، فإن وقع ذلك رد إليه ما أخذ منه ، فإذا حل الأجل أخذ منه جميع ما كان له أوّلا وهى المائة .

(وَ) كذلك (لَا) يجوز (التَّأْخِيرُ بِهِ) أي : بالدين (عَلَى الزِّيَادَةِ فِيهِ) كما كانت الجاهلية تفعل ، لأن فيه سلفا بزيادة ، وتسمى هذه المسألة : أخرني وأزيدك – بفتح الدال على جواب الأمر – مثل : أن يكون لك على شخص خمسة دنانير إلى أجل ، فلما حل الأجل قال من عليه الدين : أخرنى وأنا أعطيك أكثر مما لك عليَّ

القرض لا يجب أن يكون إلى أمد معلوم ، فيجوز أن يطول الأمد وهى عنده فيطؤها ويردها بعينها . اهـ .

قوله : (على المشهور) وحكى اللخمى عن ابن القاسم جوازه .

قوله : (على آخر دين) عرضا ، أو عينا ، أو طعاما ، وسواء كان الدين من بيع أو قرض ، فإنَّ ضع وتعجل يدخلهما ، بخلاف : حط الضمان عنى وأزيدك ، فهو خاص بالبيع .

قوله : (ففيه سلف بزيادة) ويدخله أيضا التفاضل بين الذهبين أو الفضتين ، ويدخله النساء ، فهى ثلاث علل ، ويدخل فى الطعام من قرض إذا كان مما لا يجوز التفاضل فيه العلل الثلاث ، وإن كان مما يجوز فيه التفاضل دخله علتان من الثلاث : سلف جر نفعا ، والنساء . وإن كان الطعام من بيع دخله أربع علل : الثلاثة السابقة ، والرابع : بيع الطعام قبل قبضه ؛ وإن كان عرضا دخله سلف جر منفعة .

قوله : (فإن وقع ذلك رد إليه) وإن لم يطلع عليه حتى انقضى الأجل ، وجب على من عليه الدين أن يدفع له الباقى الذى كان أسقط عنه صاحب الدين .

قوله : (على الزيادة فيه) كان من بيع أو قرض ، كان من عين أو غيرها ، كانت الزيادة من المديان أو من أجنبى ، لأن فسخ ما فى الذمة فى مؤخر حرام مطلقا ، وأفهم قوله :

(وَ) كذلك لايجوز (تَعْجِيلُ عَرْضٍ عَلَى الزِّيَادَةِ فِيهِ إِذَا كَانَ مِنْ بَيْعٍ) لأنه من باب : حط الضمان وأزيدك ، مثاله : أن يكون لك على رجل مائة ثوب موصوفة ، فيقول لك : خذ ثيابك ، فتقول له أنت : اتركها عندك لا حاجة لى بها الآن ، فيقول الذى هى عليه : خذها وأزيدك عليها خمسة – مثلا – لأن تلك الخمسة فى مقابلة إسقاط الضمان عنه ، وذلك لايجوز .

لأنه من باب أكل أموال الناس بالباطل (وَلا بَأْسَ بِتَعْجِيلِ ذَلِكَ) العرض بشرطين أحدهما (إِذَا كَانَ) العرض (مِنْ قَرْضٍ) والآخر (إِذَا كَانَتْ الزِّيَادَةُ فِي الصِّفَةِ)

على الزيادة ، أن تأخير الدين أجلا ثانيا من غير زيادة أو مع ترك بعضه لا حرمة فيه بل مندوب .

قوله : (على الزيادة) كانت فى الكمية أو فى الكيفية ، كانت من جنس الدين أو من غير جنسه ، والشارح مثَّل للأولى .

وقوله : (إذا كان من بيع) أي : أو من سلم ، ومثال الزيادة من الجنس كيفا : أن تعجل العدد على وصف أجود من المشترط ، ومثالها من غير الجنس : أن يعجل الأثواب على وصفها مع زيادة درهم أو طعام ، فهم من قوله : على الزيادة ، أن التعجيل من غير زيادة ولا نقصان جائز حيث رضي المسلم بتعجيلها قبل أجلها لأن الأجل من حقهما فى العروض ، وأما التعجيل على أن يأخذ أقل عددا ، أو أدنى صفة ، فيمتنع .

قوله : (لأنه من باب أكل أموال الناس بالباطل) فإن قلت : كيف ذلك ، مع أنه فى مقابلة إسقاط الضمان ؟ قلت : إسقاط الضمان ليس متمولا يتصرف فيه بعوض ، فحينئذ يكون أخذ عوضه من باب أكل أموال الناس بالباطل .

قوله : (إذا كان العرض من قرض) لأن تهمة : حط الضمان وأزيدك لا تكون فى دين القرض ، لأن الأجل فى القرض من حق من هو عليه ، بخلاف البيع فمن حقهما ، ولذلك لو عجل المقترض القرض قبل أجله وفى محله يلزم المقرض قبوله ، إن كان جميع الحق أو بعضه لعسره بالباقى .

قوله : (إذا كانت الزيادة فى الصفة) وأولى إذا كان دفع الزيادة فى الصفة بعد الأجل ، لأن زيادة الصفة متصلة فلا تهمة .

والحاصل : أنه يجوز قضاء القرض بمساو ، وأفضل صفة ، حل الأجل أولا ، كان

مثل : أن تكون الثياب دنية ، فيقول له أعطيك أجود منها إن تعجلتها ، وظاهر كلامه أنها إذا كانت الزيادة فى العين لا تجوز .

ولما أنهى الكلام على تعجيل الدين وتأخيره بزيادة ، وتعجيل العرض فى البيع بزيادة ، وتعجيله فى القرض بزيادة فى الصفة ؛ انتقل يتكلم على الزيادة فى القرض عند الأجل من غير تأخير فقال : (وَمَنْ رَدَّ فِي الْقَرْضِ) بفتح القاف وكسرها (أَكْثَرَ عَدَدًا فِي مَجْلِسِ الْقَضَاءِ) بالمد ، **الزناتى** : مجلس القضاء هو حلول الأجل . وقال غيره : هو الوقت الذى يقضيه فيه ، سواء كان قبل الأجل أو بعده (فَقَدْ أَخْتُلِفَ فِي) جواز (ذَلِكَ) بشروط ثلاثة على سبيل البدل أحدها (إِذَا لَمْ يَكُنْ فِيهِ شَرْطٌ) مثل أن يقول : لا أسلفك إلا على أن تزيدنى على ما أسلفتك (وَ) ثانيها أن (لَا) يكون فيه (وَأْيٌ) — بفتح الواو وسكون الهمزة الوعد الصريح (وَ) ثالثها

القرض عينا أو لا ، وأما بأقل صفة أو قدرا ، أو بهما فجائز إن حل ، لا إن لم يحل فلا ، لما فيه من ضع وتعجل .

قوله : (إن كانت الزيادة فى العين) أى : الذات .

قوله : (على تعجيل الدين) أى : بوضيعة .

قوله : (بزيادة) راجع لقوله وتأخيره .

قوله : (الزناتى مجلس القضاء) ضعيف ، والراجح كلام غيره ، هو : أن المراد به الوقت الذى يقضيه فيه كما يفيده **تت** وغيره .

قوله : (وقال غيره الخ) إلا أن من الغير ابن عمر ، فزاد وقال : واحترز بقوله : فى مجلس القضاء ، من أن يزيده بعد الاقتضاء فذلك جائز اهـ .

قوله : (بشروط ثلاثة) راجع لقوله : جواز ، الذى قدره الشارح ، والحق أنه شرط واحد وهو نفى الثلاثة .

قوله : (الوعد الصريح) مفاده : أنه إذا كان وعدا غير صريح يكون من محل الخلاف ، كأن يقول له : يحصل خير ، بحيث يفهم منه الزيادة ، وعبارة غير واحد تفيد أنه محل وفاق ، فالمناسب إسقاط قوله : الصريح .

أن (لَا) يكون (عَادَةٌ) وهى معروفة (فَأَجَازَهُ) أشهب ، ع : ظاهره فيما قل أو كثر ، والمنصوص لأشهب : فيما قل مثل زيادة الدينار فى المائة ، والأردب فى المائة . ويحتمل أن يكون لأشهب قول عام فى القليل والكثير (وَكَرِهَهُ ابْنُ القَاسِمِ) كراهة تحريم على المشهور فقوله (وَلَمْ يُجِزْهُ) تأكيد .

ثم انتقل يتكلم على تعجيل الدين من غير زيادة فقال : (وَمَنْ عَلَيْهِ دَنَانِيرُ أَوْ دَرَاهِمُ مِنْ بَيْعٍ) مؤجل (أَوْ) من (قَرْضٍ مُؤَجَّلٍ فَلَهُ) أي : لمن عليه الدنانير

قوله : (ولا عادة) خاصة بالمستقرض بأن يزيد عند القضاء أم لا ، تحقيق .

قوله : (وأجازه أشهب) وجه الجواز ، قوله ﷺ : « أَحْسَنُ ٱلنَّاسِ أَحْسَنُهُمْ قَضَاءً ، وَخَيْرُكُمْ أَحْسَنُكُمْ قَضَاءً » [1] .

قوله : (أو أكثر الخ) قال الأقفهسى : ظاهر كلام الشيخ أن أشهب يجيزه ، سواء كانت الزيادة يسيرة أو كثيرة ، كمن استلف عشرة دراهم - مثلا - فقضى أحد عشر ، أو خمسة عشر ؛ وابن القاسم يحرمه مطلقا اهـ المراد منه .

قوله : (كراهة تحريم) أى : بقرينة .

قوله : (ولم يجزه) وكلام ابن القاسم هو المعتمد .

وقوله : (على المشهور الخ) قال : ومقابله الكراهة للتنزيه يفيده تت .

واعلم أنه إذا كان التعامل بالعدد ، فيجوز قضاء ذلك العدد ، كان مثل وزنه ، أو أقل أو أكثر ، ولا يجوز أن يقضيه أزيد فى العدد كان مساويا له في الوزن ، أو أقل أو أكثر ، وإن قضاه أقل من العدد ، فإن ساوى الأقل وزن جميع العدد ، أو نقص عنه - جاز وإلا فلا - وإذا كان بالوزن فيجوز أن يقضيه ذلك الوزن زاد على العدد أو نقص أو ساوى ، ولا يجوز القضاء بأكثر مطلقا ، ويجوز القضاء بأقل حيث حل الأجل ، وإذا كان بهما فاختار عج : إلغاء العدد ، وغيره إلغاء الوزن .

قوله (فله أن يعجله قبل أجله) مساويا لما فى الذمة أو أعلى .

---

(١) الموطأ : ٦٨٠/٢ بتحقيق محمد فؤاد عبد الباقى - الحلبى ١٩٥١ - ابن ماجه : ٧٦٧/٢ . محمد فؤاد عبد الباقى - الحلبى ١٩٥٢ أبو داود : ٣٣٧/٣ بتحقيق محمد محيى الدين عبد الحميد - المكتبة التجارية ١٩٥٠ - مسلم باب فى السلف شيئا فقضى خيرا منه .

أو الدراهم (أَنْ يُعَجِّلَهُ) أى : يعجل ما عليه (قَبْلَ أَجَلِهِ) لأن الحق فى الأجل له ، فإذا أسقط حقه لزم المقرض قبوله وأجبر على ذلك ، إذا كان التعجيل فى بلد القرض ، أما إذا كان فى غيرها فلا إلا أن يخرج معه ، أو يوكل وكيلا

قوله : (لزم المقرض) أى : وجب عليه ، لأن أجل دين العين من حق من هو عليه فى الزمان والمكان .

قوله : (وأجبر) لما لم يلزم من الوجوب الجبر أتى به .

قوله : (فى بلد القرض) الراجح خلافه ، وأن الأجل فى العين من حق من هي عليه فى البيع وفى القرض ، ولو فى غير بلد القرض والبيع .

قوله : (إلا أن يخرج معه) أى : يخرج المدين مع رب الدين ، أو يوكل وكيلا يذهب معه لبلد القرض ؛ وأنت خبير بأنه لا داعى لذلك ، لأنه يكون حينئذ القضاء فى بلد القرض .

والحاصل : أن أجل دين العين من حق من هو عليه فى الزمان والمكان ، كان من بيع أو قرض ، ولا فرق فى جبر صاحب العين على قبولها بين كون الدفع فى بلد القرض أو غيره ، لأنه لا كلفة فى حمل العين .

وينبغي أن يكون مثل العين غيرها مما يخف حمله كالجواهر النفيسة فى القرض وإن ألحقت بالعروض فى غير هذا .

قال **عج** : وينبغى أن يقيد لزوم قبول دين العين وما ألحق بها فى غير بلد القرض ، بأن لا يكون بين البلدين خوف ، وإلا لم يلزمه ، وهو مخالف لما عند ابن بشير ، فإنه يقول : إلا أن يتفق بين الزمانين أو المكانين خوف ، وهي من بيع فلا يجبر من هى له على قبولها قبل الزمان أو المكان المشترط فيهما قبضها ، ولا ينظر لذلك فى عين القرض ؛ ويقيد أيضا لزوم القبول بأن يعجل جميعه أو بعضه مع عسر الباقى .

وهذا كله إذا كان مساويا أو أعلى لأن تعجيل الأقل حرام ، وتعجيل الأكثر عددا أو وزنا فوق رجحان الميزان ، فيه سلف جر نفعا وهو حرام فى القرض بخلاف ثمن البيع ، فإنه يجوز قضاؤه بأكثر إذا كان عينا .

إذا تقرر ذلك ، فكان ينبغي للمصنف أن لو قال بدل قوله : فله أن يعجله قبل

(وَكَذَلِكَ لَهُ) أى : لمن عليه دين (أَنْ يُعَجِّلَ الْعُرُوضَ وَالطَّعَامَ مِنْ قَرْضٍ لَا مِنْ بَيْعٍ) فليس له تعجيل ذلك ، ظاهره ولو قرب الأجل كاليوم واليومين ، وإنما فرق بين البيع والقرض فى العروض والطعام ، لأن ذلك فى الغالب ترصد به الأسواق ، ويتحين فيه الأحايين ، فللمشتري غرض صحيح فى تأخير ذلك إلى وقته ، لينتفع بالربح فيه بخلاف المقرض ، فإنه لا يجوز له أن يقصد النفع بما أقرض .

تنبيه : ظاهر قوله : لا من بيع ، ولو كان فى الموت والفلس ، وليس

أجله ، فيجب على صاحبها قبولها قبل أجلها ، لأن الضمير راجع للدراهم والدنانير ، لأنه لا يلزم من جواز التعجيل لزوم القبول مع أنه المراد .

قوله : (العروض الخ) العروض الأمتعة التى لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا ، قاله بعضهم . وفى الصحاح : العرض المتاع ، وكل شىء فهو عرض سوى الدراهم والدنانير فإنها عين اهـ .

قلت : والظاهر أنه أراد هنا بالعرض ماعدا الطعام بدليل العطف ، إلا أن يجعل من عطف الخاص على العام ، ويحتاج لنكتة وما عدا العقار والعين ، فتدبر .

قوله : (لا من بيع الخ) فلا يلزم صاحب الدين والعرض والطعام قبوله قبل الأجل ، لأن الأجل فى عرض البيع – ومنه السلم – من حقهما ، فإذا عجله من هو عليه لا يلزم صاحبه .

والحاصل : أنه يلزم قبول دين القرض والعين مطلقا ، أعنى فى بلد القرض أو غيرها ، وغير العين حيث كان الدفع فى بلد القرض ، وأما فى غيرها فلا يلزم قبول غير العين ، كما لا يلزم قبول العين إذا كان بين البلدين خوف ؛ قال بعضهم : والظاهر أن العين إذا احتاجت إلى كبير حمل أنه لا يلزمه قبولها كغيرها .

قوله : (الأحايين) جمع أحيان وهو جمع حين ، فظهر أن أحايين جمع الجمع ، ويتحين مبنى للفاعل ، والمراد أن ماذكر من العروض والحيوان تتغير فيه الأزمنة ، فقد يساوى فى هذا الحين عشرة دراهم – مثلا – وفى حين آخر أكثر من عشرة .

قوله (تنبيه الخ) قد يقال لا حاجة لهذا القيد ، لأن موضوع المسألة : فيما تعجل قبل الأجل ، وبالموت ، أو الفلس ، حل الأجل كما يأتى .

كذلك ، لقوله فيما يأتى : ويحل بموت المطلوب أو تفليسه كل دين كان عليه .

(وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ ثَمَرٍ) - بمثلثة وميم مفتوحة - ذات الأشجار مادامت خضراء (أَوْ حَبٍّ لَمْ يَبْدُ صَلَاحُهُ) بدو صلاح الثمر ، جاء مفسرا فى الحديث بأن يحمر أو يصفر ، وبدو صلاح الحب أن ييبس ، وكلامه محمول على ما إذا باعه بشرط التبقية ، أو وقع البيع مطلقا من غير شرط ، فإن وقع البيع على التبقية ، أو على

قوله : (ذات الأشجار) كعنب وبلح .

وقوله : (أو حب) كقمح وفول ، وعدم الجواز لعدم الانتفاع به شرعا في البيع .

قوله : (جاء مفسرا فى الحديث) والحديث ما رواه مسلم من حديث نافع عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ : « لَاتُبْتَاعُ ٱلثَّمَرَةُ حَتَّى يَبْدُوَ صَلَاحُهَا وَتَذْهَبَ عَنْهَا الآفَةُ ، قَالَ : بُدُوُّ صَلَاحِهِ حُمْرَتُهُ وَصُفْرَتُه » [1] اهـ بلفظه .

قوله : (بأن يحمر أو يصفر) ويقوم مقام ذلك : ظهور الحلاوة فى البلح الخضراوى ، وأما بدوه فى نحو العنب ، والتين ، والمشمش ، فظهور الحلاوة ؛ وفى الموز بالتهيؤ للنضج . وفى ذى النور بانفتاحه كالورد ، والياسمين . وفي البقول ، واللفت ، والجزر ، والفجل ، والبصل ، بإطعامها واستقلال ورقها إلى حالة يعرفونها تصلح للقطع . وأما البطيخ - المعروف بالعبدلاوى - والقاوون فقيل : بالاصفرار ، وقيل : بالتهيؤ له ، وأما الأخضر فبتلون لبه بالسواد والحمرة . وقصب السكر فبظهور حلاوته . وأما الجوز واللوز فبأخذه فى اليبس . وأما القرطم ، والبرسيم ، فإذا بلغ أن يرعى دون فساد . وأما الفقوس والخيار ونحوهما فبانعقاده ، **تت** .

قوله : (وصلاح الحب أن ييبس) فلو عقد عليه فريكا فسخ ، إلا أن يفوت بقبضه بعد جده .

قوله : (فإن وقع البيع على التبقية) وحيث فسخ ، فضمان الثمرة من البائع ما دامت فى رؤوس الشجر ، فإذا جدها رطبا رد قيمتها ، وتمرا رده بعينه إن كان قائما ، وإلا رد مثله إن عُلم ، وإلا رد قيمته ؛ هكذا قال الشيخ عبد الرحمن الأجهورى . قال **عج** : وما ذكر فى الرطب من رد قيمته فظاهره ولو كان قائما ، أو فات وعلم وزنه ، والجارى على القواعد أن يقال فيه ما يقال فى التمر إلا أن يكون فى محل لا يوزن فيرد عينه إن كان قائما وإلا فقيمته اهـ .

---

(١) الموطأ : ٦١٧/٢ وروايته : نهى ﷺ عن بيع الثمار حتى تنجو من العاهة ، وهو من مراسيله وقد وصله ابن عبد البر ، البخارى مع الفتح : ٣٩٤/٤ ، مسلم : ١١٦٥/٣ . أبو داود : ٣٤٤/٣ ، ابن ماجه : ٧٤٦/٢ . المسند للإمام أحمد : ٥٠/٧/٢ .

الإطلاق فسخ ؛ أما إذا وقع بشرط الجداد فى الحال أو قريبا منه ، فجائز بشروط ثلاثة : أن ينتفع به ، وأن تدعو إلى ذلك حاجة ، وأن لا يتمالأ أهل ذلك الموضع أو أكثرهم على ذلك (وَيَجُوزُ بَيْعُهُ) أى : الثمر (إِذَا بَدَا) أى : ظهر (صَلَاحُ بَعْضِهِ وَإِنْ) كان البعض المزهو (نَخْلَةً) واحدة (مِنْ نَخِيلٍ كَثِيرَةٍ) ما لم تكن

قوله : (أو قريبا منه الخ) بحيث لا يزيد على طور إلى طور آخر .

قوله : (أن ينتفع به) كالحصرم فإنه يطبخ بخلاف غير المنتفع به كالكمثرى ، فإنها غير منتفع بها فى هذه الحالة ؛ وهذا الشرط ليس خاصا بهذا بل كل بيع كذلك ، وإنما ذكره مع هذا لأنه خرج عن الأصل فى أمور فاحتاج إلى شروط منها هذا فلذا ضمه لها .

قوله : (وأن تدعو إلى ذلك حاجة) سواء كان الاحتياج للمتبايعين أو أحدهما .

قوله : (وأن لا يتمالأ الخ) ليس المراد بالتمالؤ هنا : أن يتوافقوا على ذلك ، وإنما المراد توافقهم فى نفس الأمر .

قوله : (أى الثمر) الدال على أن الضمير عائد على الثمر خاصة دون الحب .

قوله : (إذا بدا صلاح بعضه) وأولى كله ، فإذا كان زرعا وبدا صلاح كله فيجوز بيعه جزافا إن لم يستتر ، فإن استتر فى أكامه كقمح فى سنبله ، وبذر كتان فى جوزه ، لم يصح بيعه جزافا ، لعدم الرؤية ويصح كيلا . وأما شراء ماذكر مع قشره فيجوز جزافا ، ولو باقيا فى شجره لم يقطع ، إذا بدا صلاحه ولم يستتر بورقه فيما له ورق ، وإلا امتنع بيعه جزافا أيضا .

قوله : (وإن نخلة) ويلحق بالثمر المقاثئ ، وأفهم أن بدو صلاح البلح لا يكفى فى حل بيع نحو : العنب ، وهذا مختص بالمقاثئ والثمر . وأما بدو صلاح بعض الزرع ، فلا يكفى فى حل بيع باقيه بل لابد من يبس حب جميع الزرع .

والفرق بين الثمر والمقاثئ ، يكتفى ببدو صلاح بعض الجنس والزرع لايحل إلا ببدو صلاح المعقود عليه ، أن الثمر إذا بدا صلاح بعضه يتبعه الباقى سريعا ، ومثله نحو : القثاء ؛ بخلاف الزرع ولشدة حاجة الناس لأكل الثمار رطبة .

قوله : (نخلة واحدة) منصوب على الخبرية لِكان المضمرة – وهو الظاهر – لكثرة حذفها مع اسمها بعد إن ولو الشرطيتين ، ويوجد فى بعض النسخ رفعها ، ويمكن توجيهه على جعله فاعلا بفعل محذوف ، أى : وإن بدا نخلة ، أى صلاح نخلة ؛ ولا مفهوم لنخلة بل أو شجرة ، أو دالية فى الكرم ، أو زيتونة فى الزيتون .

باكورة ، فإن كانت باكورة لم يجز بيع الحائط بطيبها ، ويجوز بيعها وحدها .

ثم انتقل يتكلم على مسائل ممنوعة فقال : (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ مَافِي الْأَنْهَارِ) جمع نهر ، بفتح الهاء وسكونها (وَ) لا بيع مافى (الْبِرَكِ) – بكسر الباء – جمع بركة بكسر الباء أيضا ، وهى الغدر المحفورة المقطعة (مِنَ الْحِيتَانِ) لما رواه أحمد : (أنه ﷺ نَهَى عَنْ شِرَاءِ السَّمَكِ فِي المَاءِ) [1] أى : للغرر ، والغرر فيه من وجهين عدم التسليم ، وكونه يقل ويكثر (وَ) كذا (لَا) يجوز (بَيْعُ الجَنِينِ فِي بَطْنِ أُمِّهِ) آدمية أو غيرها للغرر ، لأنه لا يدرى : هل هو حى أو ميت ؟ ناقص أو تام ؟ ذكر

قوله : (فإن كانت باكورة) أى : وهى التى تسبق بالزمن الطويل بحيث لا يحصل معه تتابع الطيب .

قوله : (بفتح الهاء وسكونها) لغتان مشهورتان ، وكذلك كل ما كان على ثلاثة أحرف عينه حرف حلق كشهر .

قوله : (وهي الغدر) سميت بذلك : لغدرها أهلها بانقطاعها عند شدة حاجتهم لها ، كما ذكره **تت** .

قوله : (المحفورة) كذا فيما وقفت عليه من النسخ ، ونسخة **تت** ، والتحقيق مما وقفت عليه : المحصورة – بالصاد – ولا يخفى أن المحفور محلها ، وتكون البركة على كلامه نفس الماء المجتمع فى الموضع الذي انقطع عن السيل – مثلا – وفى الفاكهانى : سميت البركة بذلك لإقامة الماء فيها ، فهي اسم للموضع على كلامه .

قوله : (من الحيتان) قيد بعضهم ذلك : بما إذا لم يكن فى محل محصور كبركة صغيرة بحيث يتوصل إلى معرفة ما فيها ، ويقدر على تناوله ، وإلا جاز .

تنبيه : لا يجوز على المعتمد لمالك الأرض منع الاصطياد منها إلا فى صورة ، وهي : أن يكون اصطياد الغير يضر بصاحب الأرض ، كأن تكون البركة فى وسط زرع صاحب الأرض .

قوله : (أي للغرر) ولذلك كان مثل الطير فى الهواء ، والنحل خارجا عن الجبح ، لعدم القدرة على تسليمها وتسلمها ؛ وأما لو كان النحل فى جبحه ، فيجوز بيعه ولو بدون جبحه ، ويدخل الجبح تبعا ، كما أنه لو عقد على الجبح وسكت عن النحل أنه يدخل النحل ، ولا يدخل العسل فى الصورتين .

قوله : (هل هو حى ؟ الخ) لا يخفى أنه قد يعلم كونه حيا ، فلعل الأولى لم يعلم هل

---

(١) المسند للإمام أحمد : ٥/٢ .

أو أنثى ؟ فقوله : (وَلَا بَيْعُ مَافِي بُطُونِ سَائِرِ الحَيَوَانِ) أى : لايجوز ، تكرار (وَ) كذا (لَا) يجوز (بَيْعُ نِتَاجِ) بكسر النون (مَا تُنْتَجُ النَّاقَةُ) – بضم التاء الأولى من الفعل وفتح الثانية – على مالم يسم فاعله ، لما صح أنه ﷺ : « نَهَى عَنْ بَيْعِ حَبَلِ الحَبَلَةِ » (١) فسره ابن وهبَ : بنتاج ما تنتج الناقة . ولا يخفى ما في هذا من شدة الغرر ، لأنه جنين ما يلد جنين هذه الناقة (وَ) كذا (لَا) يجوز (بَيْعُ مَافِي

يخرج من بطن أمه حيا أو ميتا ؟ .

وقوله : (ناقص أو تام) أى : ناقص الخلقة أو تامها ، لا ناقص عن مدة الحمل أو تامها ، لأن هذا يعلم .

قوله : (تكرار) أي : إن كان الجنين عاما ، وإن كان خاصا بجنين الأمة فلا تكرار ، **تت** .

قوله : (ولا بيع نتاج ما تنتح الناقة) هذا أشد من الأول ، لأنه جنين الجنين .

قوله : (على مالم يسم فاعله) أي : الذى هو بمعنى المبني للفاعل ، وهو من الأفعال التى لم تسمع إلا مبنية للمفعول مرادا بها الفاعل ، نحو : زهى علينا ، أى : تكبر .

قوله : (فسره ابن وهب) وفسره غيره : بأنه بيع الجزور إلى أن تنتج الناقة ، ثم تنتج الذي فى بطنها ، فهو البيع إلى ذلك الأجل .

أقول : فعلى تفسير ابن وهب ، يكون حبل – بفتح الحاء والموحدة – مصدر بمعنى اسم المفعول ، والحبلة اسم جمع حابل ، كظالم وظلمة . وقال الأخفش : هو جمع حابلة ، فمصدوق المضاف جنين الجنين الواقع عليه البيع ، ومصدوق المضاف إليه الجنين الذي فى البطن حين المبيع مجازا ، باعتبار الأول ؛ أو يجعل اسم الفاعل بمعنى اسم المفعول . والحبل مختص بالآدميات ، ولا يقال فى غيرهن من الحيوان إلا حمل ، إلا ما فى الحديث .

قوله : (لأنه جنين ما يلد) أي : ما يلده جنين ، أي : جنين الذي يلده جنين هذه الناقة ؛ وانظر : فإن هذه العلة تقتضي أن المباع ابن ابن مافى بطنها ، فيخالف قوله : نتاج ماتنتج الناقة ، فالذي على طِبق ما تقدم أن يقول : لأنه جنين الجنين ، وإذا امتنع بيع الجنين فكيف بجنين الجنين ؟ إلا أن يقال الإضافة فى قوله : جنين ما تلد للبيان .

---

(١) الموطأ : ٦٥٣/٢ ، البخارى مع الفتح : ٣٥٦/٤ ، مسلم : ١١٦٧/٣ ، المسند للإمام أحمد : ٥/٢و١١و١٥و٦٣ – أبو داود : ٣٤٧/٣ ابن ماجة : ٧٤٠/٢ .

ظُهُورِ الإِبِلِ) لما صح أنه ﷺ « نَهَى عَنْ بَيْعِ ضِرَابِ الجَمَلِ » [١] ج : إن كان النزو مضبوطا بمرات ، أو زمان ، جاز ، وروى ابن حبيب : كراهته للنهي عنه ، وأن أخذ الأجر فيه ليس من مكارم الأخلاق ، فإن فعل لم يفسخ ولم يرد (وَ) كذا (لَا) يجوز بيع (الآبِقِ) فى حال إباقه للغرر المنهي عنه ، وأما إن كان حاضرا ، وبيّن له

وحاصله : أن الحبلة اسم لما فى البطن وحبلها ولد ذلك الذي فى البطن .

قوله : (ولا بيع مافى ظهور الإبل) المراد : الفحول مطلقا ، بأن يقول صاحب الفحل لصاحب الناقة : أبيعك ما يتكون من ماء فحل هذا فى بطن ناقتك أو ناقتي ، وإذا وقع العقد على شيء من ذلك ، فإنه يفسخ إلا أن يفوت المعقود عليه بما يفوت به البيع الفاسد .

قوله : (ضراب) - بكسر الضاد - وهو : النزو ، كما يفيده المصباح فالدليل لا يطابق المدعى ، تأمل .

قوله : (النزو) مصدر - بفتح النون - على وزن قتل ، قال فى المصباح : نزا الفحل نزوا - من باب قتل - ونزوانا وثب اهـ .

قوله : (بمرات أو زمان جاز) أي : مرة أو مرتين أو ثلاث مرات ، أو يوم أو يومين ، وعطف بأو لإفادة عدم الجمع بينهما ، كما فى الواضحة : إن سمى يوما أو شهرا ، لم يجز أن يسمى نزوات ، فإن حصل الحمل انفسخت الإجارة فى الصورتين ، وعليه بحسابماانتفع .

قوله : (كراهته) ظاهر بهرام : أى مطلقا كان النزو مضبوطا بما ذكر أولا ، وظاهره أن الكراهة للتنزيه . ومفاد الحديث الحرمة .

وقوله بعدُ : (لم يفسخ ولم يرد) ربما يقوى الكراهة ، وعطفُ - لم يرد - تفسيرٌ .

وقوله : (للنهي عنه) أى : ففى مسلم : « نَهَى رَسُولُ آللهِ ﷺ عَنْ بَيْعِ ضِرَابِ الجَمَلِ » .

قوله : (ولا يجوز بيع الآبق) أى : فبيعه فاسد ، وضمانه من بائعه ، ويفسخ وإن قبض ، وإذا عرف أنه عند رجل جاز أن يباع منه ومن غيره ممن يوصف له ، إذا وصف للسيد حاله الآن ، إن مضى زمن يمكن أن يتغير فيه ، وكان المشترى لا يعلم صفته لا إن كان الأمر بالقرب والمشترى يعلم صفته ، فلا حاجة إلى الوصف ، وأن لا يشترط نقد الثمن ، ويشترط فى الذى عنده الآبق أن يكون غير الإمام ، ومثله من لم يمكن الوصول إليه قال عج: ويجري مثله فى البعير الشارد .

---

(١) مسلم : ١١٩٧/٣ بإشراف محمد فؤاد عبد الباقى ١٩٥٥ .

غاية إباقه جاز (وَ) كذا (لَا) يجوز بيع (الْبَعِيرِ الشَّارِدِ) للغرر لعدم القدرة عليه (وَنُهِىَ عَنْ بَيْعِ الكِلَابِ) أشار بذلك لما فى مسلم : أنه ﷺ : « نَهَى عَنْ ثَمِنَ آلكَلْبِ ، وَمَهْرِ البَغِىِّ ، وَحُلْوَانِ الكَاهِنِ » [1] (وَاخْتُلِفَ فِى) جواز (بَيْعِ مَا أُذِنَ فى اتِّخَاذِهِ مِنْهَا) أى : من الكلاب للحراسة ، والصيد ، فى جوازه ومنعه على قولين مشهورين (وَأَمَّا مَنْ قَتَلَهُ) أى : المأذون فى اتخاذه (فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) وأما غير المأذون فى اتخاذه ، فلا قيمة فيه ؛ **ك** : لا خلاف أعلمه فى جواز قتل الكلاب غير المأذون فى

قوله : (وبين له غاية إباقه) الغاية باعتبار الزمان كأن يقول له : غاية إباقه أربعة أيام – مثلا – وباعتبار المكان كأن يقول : إن غاية إباقه إلى الاسكندرية ، مثلا .

قوله : (عن بيع الكلاب) المنع متفق عليه إن كان غير مأذون فى اتخاذه ، وإذا وقع كان باطلا .

قوله : (ومهر البغى) – بفتح الموحدة ، وكسر المعجمة ، وشد التحتية – فعيل بمعنى فاعل ، يستوى فيه المذكر والمؤنث ، ومهر البغى ما تأخذه المرأة على فرجها ، وسمي مهرا مجازا لكونه على صورته ، وحلوان الكاهن – بضم الحاء – ما يأخذه على كهانته ، قال الشيخ المناوى : شبه بالشيء الحلو من حيث إنه يأخذه بلا مشقة ، والفرق بين الكاهن والعراف : أن الكاهن إنما يتعاطى الخبر عن الكوائن فى مستقبل الزمان ويدعى معرفة الأسرار ، والعراف هو الذى يتعاطى معرفة الشيء المسروق ، ومكان الضال ، ونحوهما من الأمور اهـ .

قوله : (واختلف فى جواز بيع الخ) قال **تت** : والمشهور المنع ، وهناك قول ضعيف بالكراهة ، فإن وقع ونزل وعقد على الكلب ، فالحكم أنه يفسخ بيعه إلا أن يطول ، وقيل وإن طال ، وقيل يمضي بمجرد العقد مراعاة لمن يقول بجوازه فى المذهب ، وهو ابن حبيب ، وصوبه ابن ناجى . وهذا فيما يجوز اتخاذه من الكلاب ، وأما ما لا يجوز اتخاذه منها فلا خلاف أنه لا يجوز بيعه وأنه إن بيع فسخ البيع .

قوله : (فعليه قيمته) على تقدير جواز بيعه من غير تحديد ، هذا على القول بتحريم البيع ؛ وأما على القول بإباحة البيع ، فأحرى أن تكون فيه القيمة بالغة مابلغت ، كغرم قيمة جلد الميتة المدبوغ ، وأم الولد ، ولحم أو جلد الأضحية بعد ذبحها ، لأنه لا منافاة بين حرمة البيع والضمان .

---

(١) الموطأ : ٦٥٦/٢ ، البخارى : ٢٩٨/١ طبع الهند ، مسلم : ١٩/٢ طبع الهند ، ابن ماجه : ٧٣٠/٢ – أبو داود : ٣٦٣/٣ و ٣٧٨ .

اتخاذها ، لما ثبت فى الأحاديث الصحيحة من الأمر بقتلها (وَ) كذا لا يجوز (بَيْعُ اللَّحْمِ بِالحَيَوانِ) لنهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك ، ولأنه بيع معلوم بمجهول ، وهو معنى المزابنة ، والنهى المذكور عند مالك مخصوص باللحم من نوعه من الحيوان ، وإليه أشار الشيخ بقوله : (مِنْ جِنْسِهِ) مثل أن يبيع لحم بقر بغنم – مثلا – وقيد فى المختصر المنع بما إذا لم يطبخ اللحم ، فإن طبخ جاز ، وكذا يجوز بيعه بغير جنسه ، كبيع لحم الغنم بالطير ، وقيد ق ذلك بأن يكون نقدا ، أما إن كان إلى أجل فلا يجوز .

قوله : (لما ثبت فى الأحاديث الخ) لا يخفى أن الأمر يقتضى الطلب ، فلا يوافق قوله أولا : فى جواز ، الخ ، إلا أن يحمل على الإذن ، ولذا ذكر بعض : أنه يندب قتلها .

قوله : (بيع اللحم بالحيوان) أى : لأن المساواة بينهما غير معلومة ، وهو كتحقق التفاضل . تت : وهو معنى قوله : لأنه بيع معلوم بمجهول ، فالمعلوم اللحم والمجهول الحيوان .

قوله : (وهو معنى المزابنة) من قولهم : ناقة زبون إذا منعت من حلابها ، ومنه الزبانية لدفعهم الكفار ، فكل واحد من المتبايعين يدفع صاحبه عن مراده ، ويعتقد أنه الغالب ، فإذا علم أن أحدهما أكثر انتفى هذا ، تحقيق .

قوله : (عند مالك) أى : من حيث العموم ، ومقابله كما يفيده بهرام : تخصيصه بالحيوان الذى لا يراد إلا للذبح ، لظهور القصد إلى المزابنة .

قوله : (مخصوص باللحم مع نوعه) ولو كان الحيوان يراد للقنية .

قوله : (وإليه أشار الشيخ بقوله من جنسه) أراد به الجنس اللغوى الصادق بالنوع وبالصنف ، فلا ينافى قوله : مخصوص باللحم من نوعه

قوله : (فإن طبخ جاز) ولو طبخ بغير أبزار ، لكن شرط جوازه التعجيل وإلا حرم إلا إذا كان ذلك الحيوان يراد للقنية .

قوله : (أما إن كان إلى أجل فلا يجوز) يقيد بما إذا كان ذلك الحيوان لا يراد للقنية ، وإلا فيجوز بيعه بلحم من غير جنسه لأجل كما هو نص ق ، إلا أن الشارح اختصر العبارة .

تتميم : اعلم : أن صور بيع اللحم بالحيوان وبيع الحيوان بعضه ببعض خمس وعشرون من ضرب خمس – وهى : لحم وحيوان يراد للقنية ، وله منفعة كثيرة ، وما لا تطول حياته كطير الماء ، والشارف ، وما لا منفعة فيه إلا اللحم ، كخصى المعز أو قلت كخصى الضأن – فى

(وَ) كذا (لَا) يجوز (بَيْعَتَانِ) وفى نسخة بيعتين ، وهى مؤولة بتقدير : ولا بيع بيعتين (فِى بَيْعَةٍ) لما صح من نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك (وَ) صوروا (ذَلِكَ) بصورتين :

إحداهما : أن يبيع سلعة واحدة بثمنين مختلفين ، وإليها أشار الشيخ بقوله : (أَنْ يَشْتَرِيَ سِلْعَةً إِمَّا بِخَمْسَةٍ نَقْدًا أَوْ عَشَرَةٍ إِلَى أَجَلٍ قَدْ لَزِمَتْهُ بِأَحَدِ الثَّمَنَيْنِ) ولو عكس لجاز ، لأن كل عاقل لا يختار إلا الأقل فى المقدار ، والأبعد فى الأجل .

مثلها . المكرر منها عشرة ، والباقى خمسة عشر ، الجائز منها اثنتان : بيع اللحم بلحم ، وبيع حيوانٍ يردا للقنية بمثله ، وصور بيع الحيوان بمثله عشر ، يجوز منها واحدة - كما علمت - وتمتنع تسعة .

والحاصل : أن اللحم باللحم من جنسه جائز عند التماثل والتناجز ، وبغير جنسه يكفى التناجز كما فى بيع الحيوانات التى لا تراد للقنية بشيء من الأطعمة ولو لحما نيئا من غير جنسها ؛ وأما حيوان بحيوان من جنسه ، فإن كانا للقنية فيجوز ولو لأجل ، وإلا فيحرم بمثله ولو نقدا للغرر ، لأنه يقدر أحدهما لحما ؛ وأما بحيوان من غير جنسه فما يراد للقنية فيجوز نقدا لا إلى أجل ، إن كان الأول لا يراد للقنية ، والحيوان الذى لا يراد للقنية كما لا يباع بلحم من جنسه ولو نقدا ، ولا من غير جنسه لأجل ، لا يجوز دفعه كراء لأرض ، ولا قضاء على دراهم أكريت الأرض بها .

قوله : (بيعتان) أى : جمع بيعتين فى بيعة ، أى : فى عقد وتسمية ذلك العقد بيعتين باعتبار تعدد الثمن .

قوله : (لما صح فى نهيه) ففى الموطأ ، والترمذي وصححه أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : « نَهَى عَنْ بَيْعَتَيْنِ فِى بَيْعَةٍ » [1] .

قوله : (بثمنين) أى : فأراد المصنف بالبيعتين الثمنين من إطلاق اسم الكل على الجزء ، أى : لأن الثمن من أركان البيع .

---

(١) الموطأ : ٦٦٣/٢ وهو من بلاغاته ، ووصله الترمذى عن أبى هريرة : وقال حسن صحيح : ١٥٩/١ طبع الهند أبو داود : ٣٧٣/٣ - النسائى : ٢٢٦/٢ طبع الهند .

(وَ) الأخرى (أنْ يَبِيعَهُ إحْدَى سِلْعَتَيْنِ مُخْتَلِفَتَيْن بِثَمَنٍ وَاحِدٍ) كثوب وشاة بدينار على اللزوم ، فشرط المنع – في الصورتين معا – كون البيع على اللزوم للمتبايعين ، أو لأحدهما للغرر ، إذ لا يدرى البائع بم باع ؟ ولا المشترى بم اشترى ؟ فإن لم يكن على اللزوم جاز .

(وَ) كذا (لا يَجُوزُ بَيْعُ التَّمْرِ) – بمثناة فوقية وميم ساكنة – اسم لليابس (بالرُّطَبِ) – بضم الراء – لا متفاضلا ولا متماثلا ، لما صح أنه ﷺ سئل عن بيع التمر بالرطب . فقال ﷺ : « أَيَنْقُصُ ٱلرُّطبُ إِذَا جَفَّ فَقَالُوا : نَعَمْ قَالَ : فَلَا إذاً » [١] مالك : فلا يباع إذاً . وعن أبي حنيفة معناه : فلا بأس إذا .

(وَ) كذا (لا) يجوز (بَيْعُ الزَّبِيبِ بالْعِنَبِ لَا مُتَفَاضِلاً وَلَا مِثْلًا بِمِثْلٍ) لأن التماثل لا يتأتى فيه ، لأن الرطب إذا يبس قد يكون أكثر من اليابس ، أو أقل منه ، أو مثله ، فهذا غرر ، والجهل بالتماثل كتحقق التفاضل ، والتفاضل فيه لا يجوز لأنه جنس واحد .

قوله : (إحدى سلعتين مختلفتين) أى : بغير الجودة والرداءة ، فإنه يمنع للجهل بالمثمن فى صورة الشارح التى هى اتحاد المثمن ، أو الثمن إذا اختلف .

قوله : (إذ لا يدري البائع) هذه العلة إنما هى ظاهرة فى الأولى .

قوله : (فإن لم يكن على اللزوم جاز) أى : بأن لم يكن على الخيار فيما يعينه ، كما يجوز عند اختلافهما بالجودة والرداءة ، لأن الغالب أن المشتري إنما يدخل على الأجود ، وهذا حيث لم تكن السلعة المبيعة أحد طعامين ، وإلا امتنع مطلقا بناء على أن من خير بين شيئين يعد منتقلا .

قوله : (قد يكون أكثر) هذا بعيد غاية البعد ، إذ الشأن أن يكون أقل إذا يبس .

---

(١) الموطأ : ٦٢٤/٢ – المسند للإمام أحمد : ١٧٩/١ ، أبو داود : ٣٤١/٣ ، ٣٤٢ ، ابن ماجه : ٧٦١/٢ ، الترمذى : ٢٥٨/٣ المستدرك للحاكم : ٣٨/٢ .

(وَ) كذا (لَا) يجوز (رَطْبٌ) - بفتح الراء - أى : بيعه (بيابِسٍ مِنْ جِنْسِهِ) لو اقتصر على هذا ولم يذكر قوله : (مِنْ سَائِرِ الثِّمَارِ وَالْفَوَاكِهِ) لكان أولى ، ليدخل فيه الحبوب . واحترز به مما لو بيع رطب بيابس من غير جنسه ، فإنه جائز إذ التفاضل بين الأجناس جائز ، والمشهور جواز بيع الرطب بالرطب ، والتمر بالتمر ، ولو كان جديدا بقديم ، ومنع عبد الملك الجديد بالقديم ، واستحسنه اللخمى (وَهُوَ) أى : بيع الرطب باليابس من جنسه (مِمَّا) أى : من بعض الذى (نُهِىَ عَنْهُ مِنَ الْمُزَابَنَةِ) أى : الذى هو المزابنة ، إذ المزابنة بيع معلوم بمجهول ، أو مجهول بمجهول من جنسه ، فإن الرطب معلوم واليابس مجهول ، إذ لا يدرى مقدار ما فيه من الرطب ؟ والمزابنة عندنا لا تختص بالربوى ، وإن وقعت مفسرة

قوله : (ولا رطب بيابس) فلا يباع الفول الحار باليابس ، ولا القمح بالبلبلة ، لعدم المماثلة مع عدم انتقال أحدهما ، ولذا يجوز بيع المدمس باليابس ، والقمح بالهريسة يدا بيد ، لانتقال المدمس والمطبوخ عن أصله ، كما يجوز اليابس بالرطب من غير الجنس ، لأن المماثلة إنما تعتبر فى الجنس الواحد بشرط أن لا ينتقل أحد العوضين عن الأصل .

قوله : (ومنع عبد الملك) ومنشأ الخلاف : هل يعتبر الحال ؟ فتجوز المماثلة ، أو المآل فلا ؟ لاحتمال أن ينقص أحدهما أكثر من الآخر .

قوله : (بيع معلوم) كبيع وسق تمر بتمر نخلة على رأسها ، ومثال بيع المجهول بالمجهول : كبيع تمر نخلة بتمر نخلة لم يجد أيضا .

قوله : (واليابس مجهول) العبارة فيها قلب ، وعبارة التحقيق : فاليابس معلوم والرطب مجهول .

قوله : (والمزابنة عندنا لا تختص بالربوى) حاصله : أن الجنس الواحد من الطعام غير الربوى ، والذى ليس بطعام أصلا كالحديد ، لا يجوز بيع مجهول منه بمعلوم ، ولا مجهول بمجهول إلا إذا تبين الفضل ، وأما الطعام الربوى فلا يجوز ذلك مطلقا تبين الفضل أو لا ، وأما إذا اختلف الجنس أجزأ مطلقا تبين الفضل أو لا ، كانا ربويين أو أحدهما أو لا ، طعامين أو لا .

قوله : (وإن وقعت مفسرة فى الحديث الخ) فى الصحيح : « نَهَى رَسُولُ ٱللهِ ﷺ عَنِ ٱلْمُزَابَنَةِ » [1] والمزابنة بيع التمر بالرطب كيلا ، وبيع الزبيب بالعنب كيلا اهـ تت .

---

(١) الموطأ : ٦٢٤/٢ ، ٦٢٥ - البخارى : ٢٩١/١ ، ٣٢٠ طبع الهند - مسلم : ١٠/٢ - ١٢ طبع الهند - أبو داود : ٣٥٦/٣ ، ابن ماجه : ٧٦٢/٢ .

فى الحديث بالربوى ، لأن ثم عمومات يدخل تحتها غير الربوى ، كالنهي عن الغرر .

(وَلَا يُبَاعُ جُزَافٌ) مثلث الجيم (بِمَكِيلٍ مِنْ صِنْفِهِ) ربويا مطلقا ، أعنى : سواء تبين الفضل أم لا ، كصبرة قمح لا يعلم كيلها بوسق أو وسقين منه للمزابنة (وَ) كذا (لَا) يباع (جُزَافٌ بِجُزَافٍ مِنْ صِنْفِهِ) كذلك كصبرة قمح لا يعلم كيلها بصبرة قمح لا يعلم كيلها ، للمزابنة أيضا . واحترز بصنفه مما إذا اختلف الجنسان ، فإنه يجوز بيع مجهول بمعلوم ، ومجهول بمجهول سواء تبين الفضل أو لم يتبين على أى حالة كانت الأجناس ، وقيدنا بالربوى إلى آخره ، احترازا مما إذا كان الطعام الواحد غير ربوى ، دل عليه الاستثناء فى قوله : (إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ الْفَضْلُ بَيْنَهُمَا) أى : بين الجزاف بالمكيل والجزاف بالجزاف فإنه يجوز البيع (إِنْ كَانَ مِمَّا يَجُوزُ التَّفَاضُلُ فِى الْجِنْسِ الْوَاحِدِ مِنْهُ وَلَا بَأْسَ بِبَيْعِ الشَّىْءِ الْغَائِبِ) عند مالك وجميع أصحابه بشروط ستة ، **أحدها** : أن يقع (عَلَى الصِّفَةِ) ج : ظاهر أنه

قوله : (كالنهى عن الغرر) أى : ومن الغرر بيع معلوم بمجهول ، أو مجهول بمجهول من جنسه .

قوله : (كذلك) أى : ربوى مطلقا تبين الفضل أو لا .

قوله : (مما إذا اختلف الجنسان) أى : فإنه يجوز بشرط المناجزة ، ومثل الجنسين فى الجواز : الجنس الواحد إذا دخلته الصنعة القوية ، فيجوز بيع المصنوع بغيره مما لم تدخله صنعة ، أو تدخله صنعة يسيرة كقطعة نحاس جعلت صحنا أو إبريقا ، فإنه يجوز بيعها بما لم تدخله صنعة قوية ولو جهل قدره .

قوله : (على أى حال كانت الأجناس) أى : ربوية أم لا .

قوله : (فإنه يجوز البيع) وجهه عدم المزابنة .

قوله : (إن كان مما يجوز التفاضل الخ) بأن لا يكون مما يقتات ويدخر ، ولا من أحد النقدين ، بل كان مما يدخله ربا النساء فقط ، أو لا يدخله ربا أصلا ، كالنحاس ، والحديد . ومفهوم ذلك الشرط : أنه لو كان محرم التفاضل فى الجنس الواحد منه أيضا لم يجز ، وهو كذلك ، لأن علة المزابنة وإن انتفت خلفها علة الفضل .

لو بيع دون صفة ، ولا تقدم رؤية ، لا يجوز وإن كان على خياره عند رؤيته على المعروف ، وهو نص ما فى كتاب الغرر من المدونة ، وظاهر ما فى السلم الثالث منها : جوازه ؛ وأنكره ابن القصار ، والأبهري ، وعبد الوهاب ، لجهله حين العقد اهـ .

ثانيها : أن يصفه غير البائع ، لأن البائع لا يوثق بوصفه إذ قد يقصد الزيادة فى الصفة ، لينفق سلعته .

ثالثها : أن يكون المشتري ممن يعرف ما وصف له .

رابعها : ألا يكون المبيع بعيدا جدا .

خامسها : ألا يكون قريبا تمكن رؤيته بغير مشقة .

سادسها : أشار إليه بقوله : (وَلا يُنْقَدُ فِيهِ بشَرْطٍ) لأنه يؤدي إلى أن يكون تارة بيعا إن اختار المشترى الإمضاء ، وتارة سلفا إن اختار الرد ، ومفهوم كلامه : أن

تنبيه : ليس هذا الفصل مكررا مع ما قبله ، لأنه تكلم فى الأول على الرطب باليابس ، وهذا عام فى الرطب واليابس ، واليابس باليابس ، أو الرطب بالرطب ؛ وزاد هنا أيضا الجواز مع تبين الفضل بينهما إن كان مما يجوز التفاضل فى الجنس الواحد منه .

قوله : (وظاهر ما فى السلم الثالث منها جوازه) وهو المعتمد .

قوله : (أن يصفه غير البائع الخ) أى : إن حصل نقد الثمن ولو تطوعا فيه ، وإلا جاز ولو بوصفه على الراجح .

قوله : (ألا يكون المبيع بعيدا) أى : كخراسان من إفريقية ، هذا إذا وقع البيع على البت ، وأما لو وقع على الخيار فيجوز ، لأنه لا ضرر على المشترى .

قوله : (خامسها ألا يكون قريبا) ضعيف ، قال **عج** ما محصله : أن الراجح أنه لايجوز بيع الغائب على الصفة ، ولو كان فى البلد حيث كان غائبا عن مجلس العقد ، وأما لو كان حاضرا عند العاقدين فلا يجوز بيعه على الصفة إلا إذا كان فى رؤيته عسر أو فساد ، كما قاله الحطاب .

قوله : (لأنه يؤدى الخ) فيه نظر ، لأن هذا إنما هو فى الخيار ، فالمناسب أن يقول : إنما امتنع مع الشرط لأنه يجوز أن يسلم المبيع فيكون ذلك ثمنا ، وألا يسلم فيكون سلفا .

قوله : (ومفهوم كلامه أن النقد الخ) هذا حيث بيع على اللزوم ، وأما على الخيار فلايجوز سواء بيع على الخيار المبوب له ، وهو الذي عليه من رأيت من شراح خليل ، أو على خيار بالرؤية ؛ وأخذه بعض مشايخ العصر من العلة ، قاله **عج** .

النقد بغير شرط جائز ، وهو كذلك على المشهور ؛ ثم استثنى من منع اشتراط النقد مسألتين فقال : (إِلَّا أَنْ يَقْرُبَ مَكَانُهُ) أي : مكان المبيع الغائب ، سواء كان حيوانا ، أو عرضا ، أو عقارا ، كاليوم واليومين (أَوْ يَكُونَ) المبيع الغائب بعيدا بعدا غير متفاحش ، وهو (مِمَّا يُؤْمَن تَغَيُّرُهُ) غالبا (مِنْ دَارٍ أَوْ أَرْضٍ أَوْ شَجَرٍ فَيَجُوزُ النَّقْدُ فِيهِ) أى : فيما ذكر من الفرعين بشرط ، واحترز بقوله : مما يؤمن تغيره مما يسرع إليه التغير كالحيوان ، فإنه لا يجوز اشتراط النقد فيه مع البعد ، وقيدنا البعد بكونه غير متفاحش ، احترازا من المتفاحش كخراسان من إفريقية ، فإنه لا يجوز البيع أصلا (وَالْعُهْدَةُ) وهى تعلق ضمان المبيع بالبائع بعد العقد مما يصيبه

قوله : (إلا أن يقرب مكانه الخ) حاصله : أن الغائب المبيع بالصفة على اللزوم ، يجوز النقد فيه تطوعا مطلقا – عقارا أو غيره ، قرب أو بعد – وأما بشرط فيجوز فى العقار مطلقا – قرب أو بعد – أى : غير بعيد جدا .

ولا بد من ذكر ذرع الدار فى وصفها دون وصف غيرها من الأرض البيضاء ، وفى غيره إن قرب مكانه ، وهو يومان ذهابا ولم يكن فيه حق توفية .

ويشترط ألا يباع بوصف البائع ، وأما مابيع بوصف البائع ، فلا يجوز النقد فيه ولو تطوعا ؛ وكذا ما بيع على الخيار ، فلا يجوز النقد فيه ولو تطوعا .

قوله : (فإنه لا يجوز البيع أصلا) أى : بيْعُ البت ، وأما بيع الخيار فجائز .

وقوله : (أصلا) وجدت الشروط أو لم توجد .

تنبيه : لم يذكر ضمان الغائب ؛ وحاصله : إن كان عقارا وأدركته الصفقة سالما ، يكون ضمانه من المشترى بمجرد العقد ، بيع بشرط النقد أم لا ، قرب مكانه أو بعد ، حيث بيع جزافا . وأما ما بيع مُذارعة ، فالضمان من البائع .

قال الشيخ فى شرحه : ولى وقفة فى صحة بيعه جزافا مع غيبته إلا أن يقال : بناء على الاكتفاء بالوصف فى بيع الجزاف ، وغير العقار ، ضمانه مع البائع ، وكذا العقار إذا لم يتحقق سلامته عند العقد ، وهذا حيث لم يشترط خلافه ، وإلا عمل بالشرط ، وتحصيل الغائب وإحضاره على المشترى لا على البائع . وشرطه إياه على بائعه مع ضمانه منه يفسد بيعه ، وإن كان ضمانه من مبتاعه فجائز ، وهو بيع وإجارة .

قوله : (وهى تعلق الخ) هذا معناه الاصطلاحى كما أفاده اللقانى ؛ وأما اللغوى فأشار

فى مدة خاصة (جَائِزَةٌ) يقضى بها (فى الرَّقِيقِ) خاصة دون الحيوان ، لأن له قدرة على كتمان ما به من العيوب دون غيره ، لأنه قد يكتم عيبه كراهية فى المشترى أوالبائع بخلاف غيره ، ولا يقضى بها إلا (إن اشْتُرِطَتْ أَوْ كَانَتْ جَارِيَةً بِالْبَلَدِ) أو حمل السلطان الناس عليها ، فإن لم يكن شيء من ذلك ، فلا يقضى بها ، وهى

له اللقانى بقوله : العهدة لغة مأخوذة من العهد ، وهو الإلزام والالتزام اهـ ومعنى قوله : تعلق الخ ، كون المبيع فى ضمان البائع ، أفاده اللقانى .

قوله : (فى مدة خاصة الخ) حتى الموت ما عدا ذهاب المال ، فمن اشترى عبدا واشترط ماله للعبد ، تم ذهب فى زمن العهدة فلا يرد به ، لأنه لاحظ له فى ماله ، ولو تلف العبد فى العهدة وبقي ماله انتقض بيعه ، وليس لمبتاعه حبس ماله بثمنه .

قال ابن عرفة : وظاهره ولو كان ماله جل الصفقة ، لأنه لما كان لا شيء له منه كان غير منظور إليه ، وأما لو اشترط المشترى المال لنفسه ، فله رده بذهاب ماله .

قوله : (جائزة الخ) لا يخفى أن الجوار يرجع لاشتراطها ، أو حمل السلطان عليها ، أو اعتبارها عند جرى العادة بأن يرد المشترى المبيع ويقبله البائع .

قوله : (ويقضى بها) لما لم يلزم من الجواز القضاء أتى به ، وهذا بحسب المعنى والفقه ، وإلا فالمجرور إنما يتعلق عند عدم القرينة بكون عام ، أى : ثابتة وهو محتمل لأن يكون من حيث الجواز أو من حيث القضاء ، وإن لم تكن جائزة ابتداء .

قوله : (دون الحيوان) معلوم من قوله : خاصة ، إلا أنه قصد الإيضاح .

قوله : (من العيوب) أل للجنس .

قوله : (كراهية فى المشترى) أى فيخفيه ، يريد ضرره .

وقوله : (أو البائع) ظاهر .

(قوله: إن اشترطت) أى : عند العقد ولو لم يحمل السلطان الناس عليها ، ولا يكفى قول المشترى : أشترى على عهدة الإسلام ، أو على العهدة إذا لم يجر بها عادة ، لأن المراد بما ذكر إنما هو ضمان الدرك من الاستحقاق .

وقوله : (أو كانت جارية) حمل السلطان الناس عليها أم لا .

قوله : (أو حمل السلطان الناس عليها) أى : وإن لم تجر عادة بذلك ، وإن صار عادة بعد ذلك لأن السلطان إذا حمل الناس عليها صارت بعد ذلك معتادة ، بتكررها .

على قسمين : **صغرى** فى الزمان كبرى فى الضمان ، **وكبرى** فى الزمان صغرى فى الضمان (فَـ)ـالأولى (عُهْدَةُ الثَّلَاثِ) أى : ثلاثة أيام بلياليها من استقبال أول النهار ، فإذا اشترى نهارا ألغى ذلك اليوم واستقبل ثلاثة أيام بلياليها ، هذا إذا كان البيع بتاً ، أما إذا كان على الخيار فمن يوم إمضاء البيع ؛ وهذه (الضَّمَانُ فِيهَا مِنَ الْبَائِعِ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ) لما رواه أبو داود من قوله ﷺ : « عُهْدَةُ الرَّقِيقِ ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ فَإِنْ وَجَدَ دَاءً فِي ثَلَاثِ لَيَالٍ رَدَّهُ بِغَيْرِ بَيِّنَةٍ وَإِنْ وَجَدَ دَاءً بَعْدَ الثَّلَاثَةِ كُلِّفَ الْبَيِّنَةَ أَنَّهُ اشْتَرَاهُ وَبِهِ هَذَا الدَّاءُ » [1] ،

قوله : (أى ثلاثة أيام) فإن قلت : كان الواجب ثلاث ليال لأجل تذكير العدد ، **قلت** : المعدود إذا حذف يجوز تذكير العدد وتأنيثه ، ولو كان المعدود مذكراً .

قوله : (ألغى ذلك اليوم) أى : فيلغى اليوم المسبوق بالفجر .

قوله : (أما إذا كان على الخيار) لا يخفى أنها تدخل فى أيام المواضعة ، فالزمان يحسب لهما ، فإذا انقضت أيام العهدة قبل رؤية الدم انتظرته .

قوله : (ثلاثة أيام) أى : بلياليها .

قوله : (فإن وجد داء فى ثلاث ليال) لعل العدول عن قوله فيها الإشارة إلى ماذكر من أن المراد ثلاثة أيام بلياليها ، فالمستفاد من مجموع ماذكر كونها ثلاثة أيام بلياليها والمراد وجد ، أى : حادث ولو موتا ، أو غرقا ، أو حرقا ، أو سقوطا من عال ، أو قتل نفسه .

قوله : (كلف البينة) أى : فتشهد إما معتمدة على رؤية ، أو إخبار عن رؤية ، أو عادة قاطعة ، أو لحادثة بحدوث زمنها .

قوله : (أنه اشتراه) أى : دخل فى ملكه بمضي المدة وبه هذا الداء ، لأن المعنى أنه يدعى أن هذا الداء حدث فى زمن العهدة وهو بعد الشراء .

والحاصل : أنه إذا وجد داء بعد الثلاثة ، ولا يدرى هل حدث فيها أو بعدها ؟ فإنه يكون من المشتري إلا أن تقطع عادة ، وأولى شهادة البينة عن رؤية ، أو إخبار عن رؤية ، أو تظن عادة بحدوثه زمنها ، فمن البائع دون يمين المشترى فى الأولى ، وبها فى الثانية ، فإن قطعت بأنه بعدها فمن المشترى بدون يمين على البائع ، كأن ظنت ، أو شكت مع يمين البائع ؛ وكذا يقال فى عهدة السنة ، وقوله : وبه هذا الداء آخر الحديث .

---

(١) الموطأ : ٦١٢/٢ أبو داود : ٣٨٥/٣ مع اختلاف يسير فى اللفظ ، وقال : هذا التفسير من كلام قتادة : ابن ماجه : ٧٥٤/٢ .

وكذلك نفقته ، وكسوته عليه ، وغلته له (وَ) الثانية (عُهْدَةُ السَّنَةِ) وهي جائزة معمول بها عند أهل المدينة ، يستقبل بها من أول النهار بعد عهدة الثلاث ، والضمان فيها على البائع (مِن) ثلاثة أشياء (الجُنُونِ) الذي يكون بمس جان ، لا ما يكون من ضربة ونحوها عند ابن القاسم ، خلافا لابن وهب (وَالجذَامِ وَالْبَرَصِ)

قوله : (وكسوته) أى : ما يقيه من الحر والبرد ، خلافا لمن قال : هو مايستر العورة فقط .

قوله : (وغلته له) ومثل ذلك : إذا جنى إنسان على المبيع زمن العهدة ، فإن أرش الجناية للبائع ولو استثنى المشتري ماله ، وكذا ما وهب للعبد فى أيامها إلا أن يكون المشترى استثنى مال الرقيق ، فإن مايوهب للعبد فى أيامها يكون للمشترى .

قوله : (جائزة) لا حاجة إليه بعد ما تقدم من قوله : جائزة يقضى بها ، لأنه جاز على العهدة مطلقا .

قوله : (عند أهل المدينة) أى دليلنا على العهدة المذكورة عمل أهل المدينة ، وكذا عهدة الثلاث ، أفاده التوضيح .

قوله : (يستقبل بها الخ) بل وتكون بعد المواضعة أيضا .

قوله : (بمس جان) أى : أو بطبع .

قوله : (لا ما يكون من ضربة) أى : أو طربة ، أو خوف ، فإنه لايرد به لإمكان زواله بمعالجة دون الأولين ، كذا ذكروا . وما قررنا من أن الجنون بالطبع كالجنون بمس الجان ذكره الناصر ، وكلام الباجى يفيد : أنه كالجنون بطربة .

قوله : (خلافا لابن وهب) أى : فإنه يراه موجبا للرد سواء كان بضربة أو غيرها .

تنبيه : ظاهر كلامه : أنه لو ذهب عقله فى السنة بغير جنون لا ضمان عليه ، وهو كذلك عند ابن القاسم ، وقال ابن وهب : من البائع .

قوله : (والجذام والبرص) أى : المحققين ، وفى مشكوكهما خلاف بشرط استمرار الحاصل من تلك الأدواء إلى تمام السنة ، لا إن حصل واحد منها داخل السنة ، وزال قبل انقضائها ، فلا رد به إلا أن تقول أهل المعرفة بعوده ، ويسقط كل من العهدتين بالعتق ، والتدبير ، والاستيلاد .

وإنما اختصت هذه العهدة بهذه الأدواء ، لأن أسبابها تتقدم ، ويظهر ما يظهر منها فى فصل من فصول السنة دون فصل ، بحسب ما أجرى الله سبحانه وتعالى العادة فيه باختصاص تأثير ذلك السبب بذلك الفصل ، فانتظر بذلك الفصول الأربعة ، وهى السنة كلها حتى يأمن من هذه العيوب ومن التدليس .

تنبيهات : **الأول** : حكى ابن الحاجب فى تداخل العهدتين قولين مشهورهما عدم التداخل ، فعهدة السنة بعد الثلاث كما أشرنا إليه فى التقرير ، لأن تلف المبيع فى الثلاث من البائع ، وفى السنة من المشترى .

الثانى : إذا وقع العقد على العهدة بشرط أو عادة ، فللمشترى إسقاطها عن البائع ، لأن العهدة حق مالى ، فله ترك القيام به . فلو أسقط حقه بعد يوم أو يومين ، ثم اطلع على عيب قديم فله أن يتماسك بذلك أو يرد ، ولا يكون بإسقاطه لحقه فى باقى المدة مسقطا لما مضى منها .

الثالث : يجوز النقد فى عهدة الثلاث بغير شرط ، ويمنع بشرط – كما تقدم –

تنبيه : استثنى العلماء مسائل لا عهدة فيها منها : المنكح به ، والمخالع به ، وغير ذلك ، فلا عهدة فيها لمقتضى العادة ، وأما عند الشرط فيعمل بها كما قاله **عج** .

قوله : (الأدواء) جمع داء .

قوله : (تأثير ذلك السبب) أراد به الأمارة لا التأثير حقيقة ، لأن المؤثر هو الله وحده .

قوله : (لأن تلف المبيع الخ) أى : فلما اختلف الحكم اختلف الزمن .

قوله : (بشرط أو عادة الخ) وكذا إذا كانت بحمل السلطان ، ولا يقال إن السلطان إذا نهج منهجا يتبع ولا يخالف ، لأنا نقول : ليس فى الإسقاط مخالفة له بل الإسقاط محقق لها ؛ فتدبر .

قوله : (فلو أسقط حقه) بأن قال : ما حدث بعد فهو علىّ ، ثم اطلع على عيب حدث فى اليومين اللذين لم يسقط فيهما العهدة – مثلا – لأن العهدة إنما أسقطها فى الثالث – مثلا – .

قوله : (كما تقدم) أى : فى قول المصنف ، ولا يجوز النقد فى الخيار ، ولا فى عهدة الثلاث .

ويجوز فى عهدة السنة مطلقا ، لأنها فى عيوب يسيرة الغالب السلامة منها ، فيؤمن من الوقوع فى تارة بيعا وتارة سلفا كما تقدم .

ثم انتقل يتكلم على السلم فقال : (وَلَا بَأْسَ بالسَّلَمِ) ويقال له السلف أيضا ، واستعمل لا بأس هنا بمعنى الجائز المستوى الطرفين ؛ وهو نوع من البيوع ، لكنه جعل لقبا على ما لم يتعجل فيه قبض المثمون . فحقيقته تقديم الثمن وتأخير المثمون .

دل على جوازه : الكتاب ، والسنة ، والإجماع . ولجوازه شروط فى رأس المال ، وشروط فى المسلم فيه ، وشروط فى أجله .

قوله : (ويجوز فى عهدة السنة) أى : لأنها يسيرة الغالب السلامة منها ، فيأمن وقوعه فى تارة سلفا وتارة بيعا .

قوله : (ويقال له السلف أيضا) وهل السلف بمعنى القرض يقال له سلم ؟

قوله : (وهو نوع من البيوع) المناسب نوع من البيع ، أى : بالمعنى الأعم ، لأن النوع يضاف لجنسه ، فأراد بقوله نوع بيع من البيوع .

قوله : (لكنه الخ) لا موقع لهذا الاستدراك ، لأن الأمر مبهم فيبين بقوله : جعل لقبا الخ ، بدون زيادة لكن .

قوله : (جعل) أى : لفظ السلم .

وقوله : (لقبا) أى : اسما .

قوله : (على مالم) أى : على عقد .

قوله : (فحقيقته تقديم الثمن) فيه مسامحة ، لأن تقديم الثمن ليس حقيقة لذلك البيع .

قوله : (الكتاب) أى : فقد قال الله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ ﴾ [البقرة : ٢٧٥]

وقوله : (والسنة) أى : ففى الصحيحين أن رسول الله ﷺ قال : « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » (١) .

وقوله : (والإجماع) أى : فقد أجمعت الأمة على جوازه .

قوله : (ولجوازه شروط الخ) لا يخفى أن ماذكره من الشروط – فيما ذكر –

---

(١) البخارى مع الفتح : ٤٢٨/٤ – مسلم : ١٢٢٦/٣ و ١٦٠٤ المسند للإمام أحمد : ٢١٧/١ و ٢٢٢ وغيرها من طبع بيروت والأحاديث رقم ١٨٦٨ و ١٩٣٧ وغيرها من طبع دار المعارف ، أبو داود : ٣٧٤/٣ – ابن ماجه : ٧٦٥/٢ .

فالتى فى رأس المال خمسة : أن يكون معلوما ، معينا ، مما يحل تملكه ، معجلا ، مغايرا للمسلم فيه .

والتى فى المسلم فيه تسعة : أن يكون مؤجلا ، وأن يكون موجودا عند الأجل غالباً ، وأن يكون مما ينقل .

لايخص السلم ككون كل منهما مما يحل تملكه ، ولايذكر من شروط الشيء إلا ما كان مختصا به ، ويشترط فى السلم أيضا : أن يكون رأس مال السلم والمسلم فيه مما يجوز بينهما التأخير ، وهذا الشرط أخذ من قوله فى أول الباب : ولا يجوز طعام بطعام إلى أجل ، الخ .

قوله : (أن يكون معلوما) أى : معلوم القدر ، والصفة ، كخمسة دنانير محمدية .

وقوله : (معينا) أى : لابد أن يكون رأس مال السلم معينا ، كأن يقول له : أسلمك هذه الدنانير المعينة . فلو قال له : أسلمك خمسة دنانير محمدية – مثلا – في إردب قمح تدفعه لى فى الوقت الفلانى ؛ لايصح أن يكون سلما ؛ هذا مدلول عبارته ، وفيه شيء إذ مثل ذلك السلم صحيح ، فالجواب : أنه أراد بقوله معينا معلوما ، أى : معلوم القدر والصفة ، فيكون تأكيدا لقوله معلوما ، تدبر .

قوله : (مما يحل تملكه الخ) احترز به عن الخمر ، والخنزير ، وجلود الميتة .

قوله : (معجلا) أى : حقيقة ، أو حكما ، كتأخيره ثلاثة أيام .

قوله : (مغايرا للمسلم فيه) وأما لو كان مماثلا له فهو فى الحقيقة قرض ، ولو وقع بلفظ البيع أو السلم ، فإن قصدت منه نفعك أو نفعكما معا منع ، وإن قصدت به نفع المقترض صح ، وسيأتى تفصيله . ولا يخفى أن المغايرة يمكن أن تعتبر من جانب المسلم فيه ، بأن تقول : من شروط المسلم فيه أن يكون مغايرا للمسلم ، وأن الشرط المذكور إنما هو شرط فى تسميته سلما ، لا فى الجواز كما هو ظاهر .

قوله : (تسعة) بتقديم التاء على السين وهي ظاهرة من كلامه .

قوله : (أن يكون مؤجلا) احترز عن الحال ، فإنه لا يصح السلم الحال عندنا .

قوله : (وأن يكون موجودا عند الأجل غالبا) فلو لم يكن موجودا لما جاز السلم فيه ، فلا يسلم فى فاكهة الشتاء ليأخذها فى الصيف ، أو بالعكس . كذا فى التحقيق .

قوله : (وأن يكون مما ينقل) أى : فلا يجوز السلم فى الدور ، والأرضين ، لأن خصوص المواضع فيها مقصودة للعقلاء ، فإن عين لم يكن سلما ، لأن السلم لا يكون إلا فى الذمة ، وإن لم يعين كان سلما فى مجهول ، قاله صاحب النكت .

ويحل تملكه ، مضمونا فى الذمة ، معلوم الجنس ، والقدر ، والصفة ، مما تحصره الصفة .

والتى فى الأجل شيئان : أن يكون معلوما ، وأن يكون مما تتغير فى مثله الأسواق .

ولم يستوف الشيخ هذه الشروط كلها ، وإنما ذكر بعضها غير مرتبة فأشار إلى ثلاثة من شروط ما يسلم فيه ، وهى : أن يكون مما ينقل ، ويحل تملكه ، مضمونا فى الذمة ، بقوله : (فى الْعُرُوضِ ، وَالرَّقِيقِ ، وَالْحَيَوانِ ، وَالطَّعَامِ ، والإِطْعَامِ ،

قوله : (ويحل تملكه) فلا يجوز السلم فى الخمر ، والخنزير ، وجلود الميتة ، وجميع النجاسات .

قوله : (مضمونا فى الذمة) قال فى الذخيرة : احترازا من بيع الدين الذي يتأخر قبضه ، فإنه لا يجوز ، لأنه يهلك قبل قبضه ، فيدور بين السلفية والثمنية .

قوله : (معلوم الجنس) أى : فإن كان طعاما تعين الجنس : إما قمحا ، أو شعيرا ، أو ذرة . وإن كان فاكهة تعين : إما زبيبا ، أو تمرا ، أو نبقا ، قاله فى التحقيق .

وقوله : (والقدر) أى : مما جرت العادة بتقديره من الوزن ، أو الكيل ، أو العدد ، أو الذرع ، أو غير ذلك من المقادير المعتادة فيه ، قال فى الذخيرة : احترازا من الجزاف لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع المجهول . قاله فى التحقيق .

قوله : (والصفة) أى : فإن كان طعاما ذكر ما يصفه به ، وإن كان حيوانا ذكر النوع ، واللون ، والذكورة ، والأنوثة .

قوله : (مما تحصره الصفة) احترازا من تراب المعادن ، والصواغين ، والنيلة المخلوطة بالطين ، أو الحناء .

قوله : (وأن يكون مما تتغير فيه الأسواق) فأقله نصف شهر .

قوله : (أن يكون مما ينقل) لا يخفى أنه سيأتى يقول المراد بالعروض ما سوى الدنانير والدراهم ، ولا خفاء فى شموله للعقار .

قوله : (مضمونا فى الذمة) لا يؤخذ هذا الجواز أن يقال : أسلمك فى هذا الثوب آخذه منك عند الأجل .

قوله : (والحيوان) أى : غير الناطق ، أو من عطف العام على الخاص .

وَٱلْإِدَامِ) ق : حصر غالب ما يسلم فيه ، ولم يذكر السلم فى الدنانير والدراهم . ونص عبد الوهاب فى المدونة : على جواز السلم فيها ، لأن كل ماجاز أن يكون فى الذمة ثمنا جاز أن يكون مثمونا اهـ .

قلت : أما العروض : فجمع عرْض – بالسكون – ما سوى الدنانير والدراهم . وأما الرقيق فمعلوم . وأما الطعام فالمراد به عند أهل الحجاز البر . والإدام ما يؤتدم به كاللحم .

وأشار إلى ثلاثة منها ، وهى أن يكون معلوم الجنس ، والقدر ، والصفة ، بقوله : (بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ) ق : لأن الصفة عنده معرفة الجنس لا القدر والصفة .

وأشار إلى الشرط الثانى منها إلى الشرط الأول من شرطى الأجل بقوله : (وَأَجَلٍ مَعْلُومٍ) احترز بالأجل من الحال ، فإنه لا يصح السلم الحال على المعروف من المذهب ؛ وبالمعلوم من المجهول ، فإنه لا يصح معه السلم ، ودليلهما قوله فى

قوله : (ونص عبد الوهاب الخ) هذا هو الراجح ، خلافا لابن عرفة .

قوله : (ما سوى الدنانير والدراهم) لايخفى أنه على ذلك التفسير قد حصر جميع مايسلم فيه ولم يبق شيئا ، ويكون ذكر الرقيق وما بعده من عطف الخاص على العام ، فإذا كان كذلك فيحتمل أن يكون قصد بذلك الاعتراض على الأقفهسى فى قوله : غالب ، أو المصنف بأن فيه تكرارا أو عليهما .

قوله : (عند أهل الحجاز) أى : وأما فى العرف فالطعام اسم لما يؤكل ، مثل الشراب اسم لما يشرب ، أشار له فى المصباح .

قوله : (وأشار إلى ثلاثة) بل أشار إلى أربعة ، لأن قوله : معلومة ، يفيد أن الصفة تحصره ، وبعد كتبى هذا ، وجدت **تت** نبه على أنه يؤخذ من قوله : بصفة معلومة : أنه مما تحصره الصفة .

قوله : (وأشار إلى الشرط الثانى منها) أى : من شروط المسلم فيه ، والشرط الثاني منها هو قوله : وأن يكون موجودا عند الأجل غالبا ، ولا يخفى أنه لا إشارة لهذا .

قوله : (على المعروف من المذهب) **أقول** : وتقييده بالمعروف يفيد أن فى المذهب قولا بجواز السلم الحال ، وهو كذلك إذ هو رواية حكاها بعضهم ، ذكره عبد الوهاب .

الحديث الصحيح : « أَسْلِفُوا فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » [١] وفى رواية « مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِى كَيْلٍ مَعْلُومٍ » [١] الحديث .

وأشار إلى أحد شروط رأس مال السلم بقوله : (وَيُعَجِّلُ رَأْسَ المَالِ) يعنى جميعه ، لأنه متى قبض البعض وأخر البعض فسد – لأنه دين بدين – ونبه بقوله (أَوْ يُؤَخِّرُهُ) أى : رأس مال السلم (إلى مِثْلِ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاثَةٍ) على أنه لا يشترط قبضه فى المجلس بل إذا عقد السلم على النقد ، وأخر قبض رأس مال السلم اليومين أو الثلاثة جاز . ولا يخرج بذلك عن كونه معجلا ، وبالغ على ذلك فقال : (وَإِنْ كَانَ) التأخير المذكور (بشَرْطٍ) ظاهر كلامه : أنه إن تأخر أكثر من ثلاثة أيام لم يجز بشرط أو غيره ، وهو كذلك .

وأشار إلى الشرط الثانى من شرطى الأجل بقوله : (وَأَجَلُ السَّلَمِ أَحَبُّ إِلَيْنَا)

قوله : (فسد) أى : العقد فى الجميع ، كما قاله ابن القاسم .

قوله : (لأنه دين بدين) أى : ابتداء دين بدين .

قوله : (إلى مثل الخ) مثل زائدة .

قوله : (أو ثلاثة) أى : حيث حصل القبض قبل غروب شمس الثالث .

تنبيه : هذا كله حيث كان رأس المال عينا ، وأما لو كان رأس المال حيوانا لجاز تأخيره ولو لأجل المسلم فيه ، لكن بدون الشرط ، وأما معه فلا يجوز تأخيره أكثر من ثلاثة أيام كالعين ؛ وأما العرض والطعام ، فالراجح أنه يجوز التأخير فوق الثلاثة الأيام حيث كيل الطعام ، وأحضر العرض ويكره مع عدمهما .

قوله : (على النقد) أى : الحلول .

قوله : (ولا يخرج بذلك عن كونه معجلا) لا يخفى أن التعجيل الذي صرح به هو التعجيل حقيقة ، ولا شك أن التأخير ثلاثة يخرج عن ذلك ، فالأوْلى أن يقول : جاز ، لأن الشرط أحد الأمرين : التعجيل أو التأخير ثلاثا .

قوله : (وأجل السلم) أى : وأقل أجل السلم .

---

(١) انظر ص ٣٦٣ .

الظاهر أنه عنى بالضمير نفسه ، اختيارا لقول ابن القاسم : إن أقل مدة أجل السلم (أَنْ يَكُونَ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْماً) لأن الأسواق تتغير فى مثل هذه المدة غالبا ، فلفظ أحب للوجوب . ع : ومذهب مالك أن أجل السلم ما تتغير فى مثله الأسواق غالبا من غير تحديد . والقولان فى المدونة ، فمنهم من جعل قول ابن القاسم تفسيرا ، ومنهم من حمله على الخلاف ، واختاره ابن عبد السلام وصوبه . ج : ومحل الخلاف إذا كان قبض رأس مال السلم والمسلم فيه فى بلد واحد ، أما إذا كان قبض كل واحد منهما ببلد فلا يشترط الأجل المذكور ، وإليه أشار بقوله : (أَوْ عَلَى أَنْ يُقْبَضَ) بالبناء للمفعول ، أى : المسلم فيه (بِبَلَدٍ آخَرَ) غير البلد الذى قبض فيه رأس مال السلم ، وتكون مسافة ما بين البلدين أجل السلم ، لأن الغالب فى اختلاف المواضع اختلاف الأسعار . وقوله : (وَإِنْ كَانَتْ مَسَافَتُهُ يَوْمَيْن أَوْ ثَلَاثَةً) ليس بشرط ، وكذا لو كانت نصف يوم .

قوله : (الظاهر أنه عنى بالضمير نفسه) أى : وكأنه قال أجل السلم خمسة عشر يوما على مانختاره ، فلا يحتاج إلى جعل أحب للوجوب ، قاله **عج** فى حاشيته . أى : فقول الشارح فلفظ أحب للوجوب لا حاجة له .

قوله : (لأن الأسواق تتغير الخ) أى : ولأنه يتمكن المسلم إليه فيه من تحصيل المسلم فيه ، وأما أكثر الأجل فمنتهاه ما لا يجوز تأخير ثمن المبيع إليه ، وهو ما لا يعيش البائع إليه غالبا ، كأن يبيع سلعة ويشترط عليه المشترى أن لايدفع إليه الثمن إلا بعد مائة سنة أو ستين ، إن كان ابن أربعين ، لأنه بمنزلة التأجيل بالموت .

قوله : (وتكون مسافة ما بين البلدين) أى : الذى هو يومان أو ثلاثة ، لكن لايجوز ذلك إلا بشروط : أن يدخلا على قبضه بمجرد الوصول إلى البلد ، وأن يشترط فى العقد الخروج فورا ويخرج المسلم بالفعل ، وأن يكون السفر فى البر أو البحر بغير ريح كالمنحدرين ؛ فإن انخرم شرط من هذه ، فلا يصح التأجيل إلا بنصف الشهر .

قوله : (يومين أو ثلاثة) الأول هو مافى كتاب محمد ، والثانى هو مافى المدونة ، والثالث كما فى **تت** ، فأو ليست للتخيير .

قوله : (ليس بشرط) فيه نظر بل الراجح مامشى عليه المصنف وهو أن يكون على مسافة يومين فأكثر .

ولما ذكر أن أقل أجل السلم خمسة عشر يوما ، أراد أن يبين حكم ما إذا وقع على أقل من ذلك فقال : (وَمَنْ أَسْلَمَ) فى شىء يجوز السلم فيه (إِلَى ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ) على أنه (يَقْبِضُهُ بِبَلَدٍ أَسْلَمَ فِيهِ فَقَدْ أَجَازَهُ) بمعنى أمضاه (غَيْرُ وَاحِدٍ) أى : أكثر من واحد (مِنَ الْعُلَمَاءِ) منهم مالك (وَكَرِهَهُ) بمعنى فسخه (آخَرُونَ) من العلماء منهم ابن القاسم .

تنبيه : **ك** : قوله يقبضه بصيغة المضارع ، وهو روايتنا ، وفى بعض النسخ : فقبضه بلفظ الماضى ، ويختلف المعني لاختلاف الروايتين ، فعلى المضارع ، يكون المعنى : أنهما دخلا على ذلك ، وعلى الماضى : يكون الأمر مبهما . ولم يذكر الشيخ أصل ما دخلا عليه .

قوله : (فقد أجازه الخ) أى : لعموم قوله ﷺ فى الحديث : « إِلَى أَجَلٍ مَعْلُومٍ » والثلاثة أيام أجل معلوم ، ولا تحديد فى الحديث بزيادة على ذلك ولا نقصان ، قاله فى التحقيق .

قوله : (بمعنى أمضاه) ليس هذا لكون القائل بذلك يقول بعدم الجواز ، إلا أنه إذا وقع يمضي بل يقول بالجواز بل الباعث على ذلك أن المقابل يقول بالفسخ ، فتكون الكراهة على التحريم ، فيكون من باب إطلاق اسم اللازم على الملزوم .

قوله : (منهم ابن القاسم) هذا لا يناسبه مافى التحقيق : من أن ابن القاسم يقول : إن الكراهة للتنزيه .

تنبيه : القول بالفسخ هو الراجح ، فالراجح ما قدمه من التحديد بنصف الشهر إن كان يقبض فى بلد العقد أو ماقرب منها ، وإن كان يقبض ببلد على مسافة يومين فأكثر ، فيكتفى مسافة ما بين البلدين .

تنبيه : إذا سكت عن ذكر الأجل فسد السلم ، إلا أن يكون لقبض المسلم فيه أجل معلوم بحسب العادة ، ومثل ذلك لو سكت عن بيان صفة المسلم فيه ، كما يفيده كلام البرزلى . وكما يجوز التأجيل بالزمان يجوز بغيره كالحصاد أو الدراس ، ويعتبر ميقات معظم ماذكر ، لكن بشرط أن يكون بين زمن العقد وما ذكر خمسة عشر يوما فأكثر .

قوله : (دخلا على ذلك) أى : دخلا على أن القبض ببلد السلم .

ثم أشار إلي شرط من شروط رأس مال السلم : بقوله : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ رَأْسُ المَالِ) أى : مال السلم (مِنْ جِنْسِ مَا أُسْلِمَ فِيهِ) هذا إذا كان المسلم فيه أزيد من رأس المال كقنطار حديد فى قنطارين ، لأنه سلف جر نفعا ، أو كان أنقص كثوبين فى ثوب من جنسهما ، لأنه ضمان بجعل ؛ وإذا كان رأس مال السلم مثل المسلم فيه صفة وقدرا ، فيجوز كما سينص عليه . وقوله : (وَلَا يُسَلَّمُ شَيْءٌ فِي جِنْسِهِ) تكرار ، ذكره ليرتب عليه قوله : (أَوْ فِيمَا يَقْرُبُ مِنْهُ) أى : من جنس

قوله : (فيجوز) الحاصل : أن دفع الشيء فى أكثر منه أو أجود كعكسه ممتنع ولو فى غير الطعامين والنقدين – والعلة ما تقدم – وأما عند التساوى فى القدر والصفة ، فيجوز فى غير الطعامين والنقدين ، وهو قرض ولو وقع على لفظ السلم ، فيشترط فيه شروط القرض التى من جملتها تمحض النفع للمقترض ؛ وأما فى الطعام والنقدين فيمتنع إذا وقع العقد بلفظ السلم ، أو البيع ، أو الإطلاق . وأما إن وقع بلفظ القرض ، فيجوز حيث تمحض النفع للمقترض .

قوله : (ولا يسلم شيء فى جنسه) ظاهره : أنه يمتنع ولو حصل الاختلاف بالمنفعة اختلافا قويا ، أو الصغر والكبر ، وليس كذلك بل محل المنع حيث لم يحصل اختلاف وإلا جاز ، فيجوز سلم صغيرين من الحيوان فى كبير وعكسه ، أو صغير فى كبير وعكسه ، إن لم يؤد للمزابنة ، فإن أدى إلى ذلك بأن يطول الأجل المضروب إلى أن يصير فيه الصغير كبيرا ، أو يلد فيه الكبير صغيرا منع لأدائه فى الأول إلى ضمان بجعل ، فكأنه قال له : إضمن لى هذا إلى أجل كذا ، فإن مات ففي ذمتك ، وإن سلم عاد إليَّ وكانت منفعته لك ضمانه ، وهو باطل . وفى الثانى إلى الجهالة كأنه قال له : خذ هذا على صغير يخرج منه ، ولا يدري أيخرج منه أو لا ؟ فتدبر .

والاختلاف فى الحمر بالفراهة – وهي سرعة المشي – فيجوز سلم الحمار الفاره فى اثنين أو أكثر لا فراهة فيهما ، والبغال من جنس الحمير ، على مذهب المدونة – وهو المشهور – خلافا لابن حبيب .

وفى الخيل بالسبق لا بالهملجة – التي هي أحسن السير – إلا أن ينضم لها البرذنة بأن يصير جافي الأعضاء ، فيجوز سلم الهملاج الغليظ جافي الأعضاء فى متعدد ليس كذلك .

وفي الجمال بكثرة الحمل .

وفي البقر بقوة العمل .

السلم فيه فى الخلقة والمنفعة ، كالحمر الأهلية فى البغال ، أو رقيق الكتان فى رقيق القطن ، لأن منافعهما متقاربة . وما ذكره هو قول أشهب ؛ وأما ابن القاسم فأجاز ذلك لأنهما صنفان عنده ، وعليه اقتصر صاحب المختصر .

ثم استثنى من منع سلم الشيء من جنسه فقال : (إِلَّا أَنْ يُقْرِضَهُ قَرْضاً شَيْئًا) وفى نسخة بينا (فى مِثْلِهِ صِفَةً وَمِقْدَارًا) وجواز القرض فى مثله صفة ومقدارا مقيد بما إذا كان (النَّفْعُ فِى ذَلِكَ لِلْمُتَسَلِّفِ) أما إذا كان النفع للمسلف فلا يجوز (وَلَا يَجُوزُ دَيْنٌ) أى : بيعه (بِدَيْنٍ) لما رواه الدارقطنى والبيهقى : أنه عليه الصلاة

وذكر اللخمى ، وينبغى التعويل على كلامه : أن البقر والجواميس بكثرة اللبن فى الأمصار ، كما يختلف به المعز والضأن . وصحح بعضهم اختلاف الضأن بكثرة الصوف .

وأما الرقيق فيختلف ببلوغ الغاية فى الغزل ، أو الطبخ ، أو الحساب ، أو الكتابة .

والطير بالتعليم لمنفعة شرعية لا بالبيض ، والذكورة والأنوثة . انظر شراح العلامة خليل .

قوله : (فأجاز ذلك) ويجوز أيضا سلم غليظ ثياب الكتان فى رقيق ثياب الكتان ، ويجوز سلم رقيق الغزل فى غليظه وعكسه .

قوله : (اقتصر الخ) قضية كلامه : أن صاحب المختصر تكلم على جواز سلم الحمر الأهلية فى البغال ، وأن مذهب ابن القاسم جواز ذلك ؛ مع أن صاحب المختصر لم يتعرض لذلك . على أنك قد علمت أن مذهب المدونة اتحاد البغال والحمر .

قوله : (إلا أن يقرضه) إن قلت : سلف الشيء فى مثله – صفة ومقدارا – قرض وإن وقع بلفظ البيع ، فلم عبر بقوله : إلا أن يقرضه الخ ، ولم يقل أن يسلمه ؟ **قلت** : يحمل ذلك على ما إذا كان المسلم والمسلم فيه من الطعام أو النقد ، فإنه لابد فيه من التصريح بلفظ القرض ، ولو كان الطعام غير ربوي اهـ **عج** .

قوله : (قرضا الخ) قال فى المصباح : القرض ما تعطيه غيرك من المال لتقضاه ، والجمع قروض . مثل : فلس وفلوس ، وهو اسم من أقرضته المال إقراضا .

فقوله : (شيئا) بدل من قرضا ، ونكتة البدل الإشارة إلى أن الفعل واقع على مفعوله مجردا عن وصفه ، لأن وصفه لا يحصل إلا به ، أى : لأن وصف المال بكونه قرضا إنما هو بعد أن يقرض .

وقوله : (وفى نسخة بينا) أى : متعينا قدره ، احترازا عما إذا لم يكن كذلك ، فلا يجوز لوجود الشك فى التماثل ، وهو كتحقق التفاضل هذا ماظهر وحرره .

والسلام : (نَهَى عَنْ بَيْعِ الكَالِىءِ بِالْكَالِىءِ) (١) . قال أهل اللغة : هو بالهمزة النسيئة بالنسيئة . وقال ج : حقيقة بيع الدين بالدين مثل : أن تتقدم عمارة الذمتين أو أحدهما على المعاوضة ، كمن له دين على رجل ، والثالث دين على رجل رابع ، فباع كل واحد من صاحبى الدين مايملكه من الدين بالدين الذى للآخر ، وكذلك لو كان لرجل على رجل دين فباعه من ثالث بدين (وَتَأْخِيرُ رَأْسِ المَالِ) أى : مال السلم (بشَرْطٍ إِلَى مَحَلِّ السَّلَمِ) أى : أجله (أَوْ) إلى (مَا بَعْدَ مِنَ الْعُقْدَةِ) أى : عن عقدة السلم بأكثر من ثلاثة أيام (مِنْ ذَلِكَ) أى : من الدين بالدين ،

قوله : (الكالئ) مهموز ، مأخوذ من الكلأ - بكسر الكاف - وهو الحفظ ، لأن كل واحد من المتبايعين يكلأ صاحبه ، أى : يحرسه لأجل ماله عنده ، ولهذا نهى عنه لأنه يؤدى لكثرة المنازعة والمشاجرة . **أقول** : ولا يخفى أن هذا إنما هو ظاهر فى ابتداء الدين بالدين .

قوله : (النسيئة بالنسيئة) أى : الدين بالدين ، وهو عند الفقهاء عبارة عن ثلاثة أشياء : بيع الدين بالدين ، وابتداء الدين بالدين ، وفسخ الدين فى الدين . إذا كان كذلك ، فقضية استدلال الشارح أن قول المصنف : ولا يجوز دين بدين شامل للثلاثة ، وأن حقيقة بيع الدين بالدين موجودة فيها ، كما هو ظاهر لمن تأمل . فيكون بيع الدين بالدين له إطلاقان على مايعم الثلاثة ، وعلى ما يخص واحدا منها ، وهو ما أشار إليه ابن ناجى بقوله : حقيقة بيع الخ ، ومثل زائدة . ويكون إفراد المصنف فسخ الدين فى الدين بالذكر لأشديته .

ثم فى المقام أمران : **الأول** : أن الموجود فى التحقيق **وتت** نهى عن الكالئ بالكالئ بدون لفظ بيع ، فالأولى لشارحنا إسقاطها .

الثانى : أنه يكون على ظاهر تفسيره مجاز فى الحديث من إطلاق اسم الفاعل على المفعول ، أى : المكلوء بالمكلوء على طريق الاستعارة التصريحية .

قوله : (تأخير الخ) هذا من ابتداء الدين بالدين .

قوله : (أى أجله) تفسير لمحل المضاف للسلم .

قوله : (أى عن) إشارة إلى أن من بمعنى عن .

قوله : (أى من الدين بالدين) أى : فالدين بالدين كلى ، وهذا من أفراده .

---

(١) الموطأ : ٦٢٨/٢ - الدارقطنى - كتاب البيوع : ٣١٩ طبع الهند - الحاكم : المستدرك ٥٧/٢ وقال صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه .

لأن فيه تعمير كل من الذمتين ، مفهومه لو كان التأخير بغير شرط جاز ، وفيه تفصيل ذكرناه فى الأصل (وَلَا يَجُوزُ فَسْخُ دَيْنٍ فِي دَيْنٍ وَهُوَ أَنْ يَكُونَ لَكَ شَيْءٌ فِي ذِمَّتِهِ فَتَفْسَخَهُ فِي شَيْءٍ آخَرَ لَا تَتَعَجَّلُهُ) مثل : أن يكون لك عليه عشرة دنانير إلى سنة ، فتفسخها فى عشرة أثواب – مثلا – فإن كان الفسخ إلى الأجل نفسه ، أو دونه ، فقولان : الجواز وهو أظهر فى النظر ، والمنع وهو أشهر . ومنشأ الخلاف : هل النهى عن فسخ الدين فى الدين معلل أو لا ؟ فمن علل بالزيادة أجاز إذ لا زيادة فى هذه الصورة ، ومن رأى أنه غير معلل قال بالمنع وإن كان الفسخ إلى أبعد من الأجل ، فلا يجوز اتفاقا لوجود الربا المتفق على تحريمه ، وهو ربا الجاهلية : إما أن يقضى له ، وإما أن يربى ، لأن الزيادة فى الأجل تقتضى الزيادة فى مقدار الدين .

وقوله : (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُ ما لَيْسَ عِنْدَكَ عَلَى أَنْ يَكُونَ عَلَيْكَ حَالًّا

وقوله : (لأن فيه تعمير الخ) لا يخفى أن هذه العلة لا تظهر فى فسخ الدين فى الدين ، وأن تعمير الذمتين متقرر فى بيع الدين بالدين أحد الأقسام قبل البيع ، فتأمل .

قوله : (وفيه تفصيل الخ) الحاصل : أن رأس المال إذا كان حيوانا عند عدم الشرط يجوز ولو إلى حلول أجل السلم ، وأما عند الشرط فلا يجوز ، ويفسخ ؛ وأما النقد فلا يجوز ، ويفسخ ولو عند عدمه . وأما العرض والطعام فلا يجوز ، أى : عند الشرط ويفسد ، وعند عدمه فقيل يكره مطلقا ، وقيل يكره إن لم يكل الطعام ويحضر العرض ، وإلا جاز .

قوله : (فى شىء آخر) أى : مخالفا لما فى ذمته ولو فى عدده أو صفته ، كما لو كان الدين عينا ففسخه فى عرض أو حيوان إلى أجل ، فإنه حرام ولو كانت قيمة العرض أقل من الدين ؛ أو كان دينه عرضا ففسخه فى عين ، أو كان وفسخها فى عين أجود ، وأولى أكثر .

قوله : (وهو أشهر) قال فى الكبير : وأشهر بظاهر الكتاب .

تنبيه : فسخ الدين فى الدين أشد الثلاثة فى الحرمة ، ويليه بيع الدين بالدين ، وأخفها ابتداء الدين بالدين ، لأنه يجوز فى رأس المال التأخير ثلاثة أيام ، وكان فسخ الدين أشد حرمة ، لأنه من ربا الجاهلية ، والربا محرم كتابا ، وسنة ، وإجماعا ، وأما الآخران فتحريمهما بالسنة .

قوله : (تقتضى الزيادة الخ) أى : تقتضى أن تكون الثياب قيمتها أكثر من الدين .

قوله : (ولا يجوز بيع ماليس عندك) فإن وقع فسخ ، لأن الأصل فيما لايجوز الفساد وترد السلعة إن كانت قائمة .

يحتمل أن يكون معناه : أن السلع المعينة يمتنع بيعها قبل شرائها ، مثل : أن يقول له : اشتر منى سلعة فلان ، لأنه غرر ، إذ لا يدرى : هل يبيعها فلان أم لا ؟ وهل يكون بمثل الثمن أو أقل ؟ فيكون ما بقي له من أكل أموال الناس بالباطل ، أو يكون بأكثر من الثمن فيخسر الزائد .

ويحتمل – وهو الظاهر – أنه أراد السلم الحال ، وهو أن يبيع شيئا فى ذمته ليس عنده على أن يمضي للسوق فيشتريه ويدفعه للمشترى ، لأنه غرر ، لأنه إما أن يجده أو لا ، وإذا وجده فإما بأكثر مما باعه فيؤدى من عنده ما يكمل به الثمن وذلك من السفه المنهى عنه ، وإما أن يجده بأقل فيأكل ما بقي باطلا وهو لا يجوز .

تنبيه : قيد ج كلام الشيخ بقوله : هذا مالم يكن الغالب وجوده عند المسلم إليه ، فإن كان الغالب وجوده فيجوز أن يسلم إليه على الحلول إجراء له مجرى القبض ، كالقصاب ، والخباز الدائم العمل . انتهى . وفى التوضيح : المشهور جواز

قوله : (فيكون ما بقى له من أكل أموال الناس بالباطل) قد يقال هذا أجرة له ، فليس فيه ذلك ، فالأوْلى أن يقتصر على قوله : لأنه غرر ، لأنه لا يدرى ، هل يبيع له أم لا ؟

قوله : (إنه أراد السلم الحال) فالبيع وقع على السلعة قبل أن يملكها بائعها ، ولذلك منع ، وأما لو طلب شخص من آخر سلعة ليشتريها فلم يجدها عنده ، فنص عليها العلامة خليل بقوله : جاز لمطلوب منه سلعة أن يشتريها من الغير ، ويبيعها بعد اشترائها لطالبها .

قوله : (وذلك من السفه المنهى عنه) قد يقال : إن هذا فعل مكارم أخلاق مع المسلم ، إذ الشراء بكثير والبيع بقليل لا ينحصر فى الصفقة .

قوله : (كالقصاب الخ) هو الجزار ، لأنه يقطع الشاة عضوا عضوا من قصب – من باب ضرب – إذا قطع الشاة عضوا عضوا ، أفاده فى المصباح .

قوله : (الدائم) أى : كل منهما العمل .

قوله : (فيجوز أن يسلم إليه على الحلول) أى : لكله أو بعضه .

قوله : (انتهى) أى كلام ابن ناجى ، قال **عج** عقب كلام ابن ناجى هذا قلت : هذا يفيد أن الشراء من دائم العمل كالسلم فى شروطه إلا فى ضرب الأجل اهـ .

قوله : (وفى التوضيح المشهور) وروى عن مالك المنع .

الشراء من الصانع الدائم العمل كل يوم بكذا ، وعلى المشهور يشترط أن يكون موجودا عنده ، وأن يشرع فى الأخذ ، ولا يشترط ضرب الأجل بل يجوز أن يكون مؤجلا كغيره ، ويجوز أن يكون حالًا ، وسواء قدم النقد فى ذلك أو أخره انتهى .

ثم انتقل يتكلم على مسائل بيوع الآجال ، وهي اثنتا عشرة مسألة ،

قوله : (كل يوم بكذا) أى : يتعاقد معه على أنه يأخذ كل يوم بعشرة دراهم خبزا — مثلا — ولأحدهما الفسخ فى هذه ، وبقى صورة أخرى وهى : أن يأخذ جملة منه يفرقها على أيام وليس لأحدهما الفسخ فى هذه ، قال بعض شراح العلامة خليل : ويكون بيعا بالنقد لا سلما ، فيجوز تأخير الثمن اهـ .

قوله : (يشترط أن يكون موجودا عنده) أى : تكون مادته التى يؤخذ منها موجودة عنده كالقمح ، الظاهر أن هذا لا حاجة له ، لفرض المسألة أنه دائم العمل .

وقوله : (وأن يشرع فى الأخذ) أى : حقيقة أو حكما كعشرة أيام .

قوله : (ولا يشترط ضرب الأجل) ليس المراد الأجل المعروف الذى هو خمسة عشر لمنافاته لقوله : وأن يشرع فى الأخذ .

قوله : (بل يجوز أن يكون مؤجلا كغيره) أى : بأن يقول : آخذ منه سنة كل يوم بعشرة دراهم ، أو يأخذ منه جملة ويفرقها على مائة يوم — مثلا — .

قوله : (ولا يجوز أن يكون حالا) أى : بأن يتعاقد معه على ألف رغيف يأتى بها حالا . **قلت** :ويجوز أن يتعاقد معه على أن يأخذ كل يوم بعشرة دراهم خبزا ، فهذا مؤجل إلا أنه مجهول .

وقوله : (وسواء قدم النقد الخ) لا يخفى أن هذا التقدير يقتضي أنه ليس سلما أصلا بل هو متباين له ، فيكون مخالفا لمقتضى عبارة ابن ناجى التى قال فيها **عج** قلت : هذا يفيد إلى آخره ، ومقتضى كلام ابن ناجى بعيد ، لقول سالم بن عبد الله بن عمرو — رضي الله تعالى عنهم — كُنَّا نَبْتَاعُ ٱللَّحْمَ مِنَ الجَزَّارِينَ ، أى : بِٱلْمَدِينَةِ ٱلْمُنَوَّرَةِ ، بِسِعْرٍ مَعْلُومٍ كُلَّ يَوْمٍ رِطْلَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً ، بِشَرْطِ أَنْ يُدْفَعَ الثَّمَنُ مِنَ العَطَاءِ . قال مالك — رحمه الله تعالى : لا أرى به بأسا ، إذا كان العطاء معروفا ، أى : ومأمونا . قال بعض الشراح : ولا يضرب فيه أجل لأنه بيع اهـ .

قلت : فحينئذ يكون الصواب مقتضى عبارة التوضيح خلافا لما أفادته عبارة ابن ناجى ، فتأمل .

تسعة جائزة ، وثلاثة ممنوعة كلها ؛ تؤخذ من كلامه بعضها بالمنطوق وبعضها بالمفهوم . وقد أشار إلى ستة منها ثنتان بالمنطوق ، وأربعة بالمفهوم بقوله : (وَإِذَا بِعْتَ سِلْعَةً بِثَمَنٍ مُؤَجَّلٍ فَلَا تَشْتَرِهَا بِأَقَلَّ مِنْهُ نَقْدًا أَوْ إِلَى أَجَلٍ دُونَ الْأَجَلِ الْأَوَّلِ) مثال الأولى : أن يبيع ثوبا بعشرة دراهم إلى شهر ، ثم يشتريه بخمسة نقدا .

ومثال الثانية : أن يبيعه سلعة بمائة إلى شهر ، ثم يشتريها بخمسين إلى خمسة عشر يوما .

وهاتان اللتان بالمنطوق ، وهما ممنوعتان ، لأنهما دخلهما ثلاث علل : سلف بزيادة ، لأنه دفع قليلا ليأخذ أكثر منه ، وتفاضل بين الذهبين أو الفضتين ؛ وتأخير بينهما .

قوله : (على مسائل بيوع الآجال) أى : على بعض مسائل النوع المعروف ببيوع الآجال .

قوله : (تسعة جائزة) لأنه إما أن يشترى عين ما باعه نقدا ، أو بدون الأجل ، أو للأجل ، أو لأبعد بمثل الثمن الأول ، أو أقل ، أو أكثر - ثلاث فى أربعة : باثنى عشر .

وضابط الجائز من الممتنع أن تقول : متى اتفق الثمنان فالجواز ، ولا ينظر لاختلاف الأجل . وكذا إذا اتفق الأجلان فالجواز ، ولا ينظر إلى اختلاف الثمنين . وإذا اختلف الأجلان والثمنان ، فإنه ينظر إلى البلد السابقة بالعطاء ، فإن دفعت قليلا وعاد إليها كثيرا فالمنع ، وإلا فالجواز .

قوله : (بثمن مؤجل) فلو لم يكن الأجل لم تكن المسألة من بيوع الآجال ؛ ومثل بيعك بيع وكيلك أو عبدك غير المأذون ، أو المأذون ، حيث كان يتجر لك .

وقوله : (فلا تشترها) أى : هذه السلعة المباعة ، أنت أو واحد ممن ذكر من المشتري الأول ، أي : أو ممن نزل منزلته ممن ذكر ، وأما لو اشترى ما باعه لأجل لغير نفسه ، بأن اشتراه لابنه الصغير لكره فقط ، ومثله شراؤه لابنه المحجور شراء غيره من الأولياء لمن فى حجره ، وأما شراء الأجنبي للبائع الأول ، أو شراء محجوره له ، فلا يجوز ، لأن كلا إنما يشترى بطريق الوكالة ، فهو كشراء البائع نفسه .

ومفهوم قوله : (بأقلَّ) أنه لو اشتراها بأكثر ، أو بالمثل نقدا ، أو إلى أجل دون الأجل الأول جاز ؛ وهو كذلك إذ لا تهمة في ذلك .

وأشار إلي ثلاثة : واحدة بالمنطوق ممنوعة ، وثنتان بالمفهوم جائزتان بقوله : (وَلَا بِأَكْثَرَ) أي : وكذا إذا بعت سلعة بثمن مؤجل فلا تشترها بأكثر (مِنْهُ إلَى أَبْعَدَ مِنْ أَجَلِهِ) مثل : أن يبيع رجلا سلعة بمائة إلى شهر ، ثم يشتريها منه بمائة وخمسين إلى شهرين ، لأنه يدخله أربع علل : الدين بالدين ، والتفاضل بين الذهبين أو الفضتين ، والتأخير بينهما ، وسلف جر منفعة ؛ لأن المشترى دفع مائة ، يأخذ بعد شهرين مائة وخمسين . ومفهوم بأكثر : أنه لواشتراها بمثل الثمن ، أو أقل جاز ، إذ لاتهمة .

ثم أشار إلى بقية التسعة الجائزة بقوله : (وَأَمَّا) أى : إذا بعت سلعة بثمن مؤجل فاشتريتها بثمن مؤجل (إلى الْأَجَلِ نَفْسِهِ فَذَلِكَ) الشراء بأقل ، أو بأكثر ، أو بالمثل المفهوم من الكلام (كُلُّهُ جَائِزٌ) لأنه لا علة حينئذ تتقى (وَتَكُون مُقَاصَّةً) فإذا بعت سلعة بمائة إلى شهر ، ثم اشتريتها بمائة إلى الأجل ، فهذا فى ذمته مائة ، وهذا كذلك فإذا حل الأجل يقطع هذه المائة في المائة ، وإذا باعها بمائة إلى

قوله : (سلف بزيادة) الأولى الاقتصار على هذا فى التعليل ، وذلك لأن التفاضل والتأخير موجودان حتى فى بعض صور الجواز ، وكذا يقال فيما بعد .

قوله : (إذ لا تهمة فى ذلك) أى : بواحد من الذى تقدم وهو سلف بزيادة وإن وجد الدين بالدين ، والتأخير فى صورتين ، والتفاضل فى إحداهما .

وقوله : (الدين بالدين) أى : ابتداء الدين بالدين .

قوله : (وتكون مقاصة) إنما جازت الصور كلها عند اتفاق الأجل لوجود المقاصة ، ولو لم يشترطاها . ولذلك لو اشترط المقاصة فيما أصله ممنوع لجاز ، لأن ضابط هذا الباب : أن الجائز ابتداء لا يمنعه إلا شرط نفى المقاصة ، والممنوع ابتداء لا يصيره جائزا إلا شرط المقاصة .

تنبيه : لا يحرم شراء غيرها من غير نوعها ، كأن باع له فرسا فاشترى رقيقا ، أو اشتراه بعد تغيره كثيرا ، فالصور كلها جائزة . وأما لو اشترى مثلها من نوعها ، فإن كانت مثلية

شهر ، ثم اشتراها إلى الشهر بخمسين ، فإذا حل الأجل تقاصا ، فيجعل الخمسين فى مقابلة الخمسين ، ويزيد له خمسين ، وإذا باعها بمائة إلى شهر ، ثم اشتراها بمائة وخمسين إلى ذلك الشهر ، فإذا حل الأجل تقاصا ، فتكون المائة فى مقابلة المائة ويزيد له الآخر خمسين .

ثم انتقل يتكلم على حكم بيع الجُزاف وبيان شروطه فقال : (وَلَا بَأْسَ بشِرَاءِ الجُزَافِ) - مثلث الجيم - وهو : ما جهل قدره ، أو وزنه ، أو كيله ، أو عدده ، واستعمل لا بأس هنا بمعنى الجواز ، والأصل فيه قوله تعالى : ﴿ وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَا ﴾ [البقرة : ٢٧٥] وفى الصحيح : (كَانَ الصَّحَابَةُ رضوان الله عليهم أجمعين يَتَبَايَعُونَ ٱلثِّمَارَ جُزافا) .

ولجوازه عشرة شروط : **أحدها** : أن يكون غير مسكوك ، وإليه أشار بقوله :

فكأنه اشترى عين ما باع فى امتناع ثلاث صور . هذا إن لم يغب المشترى الأول عليه ، وأما بعد غيبته ، فزيد صورتان وهما : كون الشراء الثانى بأقل للأجل ، أو لأبعد ، وإن كانت مقومة ، كما لو باعه فرسا واشترى منه أخرى ، فتجوز الصور كلها .

قوله : (أو وزنه) الأولى إسقاط قوله : أو ويكون مع ما بعده تفسيرا لقدره .

قوله : (والأصل فيه قوله تعالى) أى : لأن لفظ البيع عام .

قوله : (كان الصحابة يتبايعون الخ) أى : يتعاطون بيع الثمار جزافا على رؤوس الأشجار ، ويلحق بالثمار غيرها .

قوله : (ولجوازه عشرة شروط) ويشترط أيضا - كما قال الشيخ إبراهيم اللقانى - أن يصادف كونه جزافا ، فلا يصح الجزاف المدخول عليه ، كأن يقول للجزار أو العطار : اصنع لى كوما - مثلا - وأنا أشتريه منك . ومنه ما يقع عندنا بمصر من شراء الفول الحار ، أو الملح ، أو غير ذلك . وأما لو وجده مجزفا فيجوز بشرطين : **أحدهما** : أن يراه المشترى قبل شرائه إن كان فى ظرفه بأن يفتح ورقة الفلفل .

---

(١) أبو داود : ٣/٣٨٢ ابن ماجه : ٢/٧٥٠ .

(فِيمَا يُكَالُ أَوْ يُوزَنُ) أو يعد (سِوَى الدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِمِ مَا كَانَ مَسْكُوكاً) أي : مادامت مسكوكة ، فإنه يمتنع شراؤها جزافا ، لأنه من بيع المخاطرة والقمار ؛ وظاهره : سواء كان التعامل بهما وزنا أو عددا ، وهو قول فى المذهب ؛ والمشهور التفصيل وهو : إن كان التعامل بهما وزنا جاز ، وإن كان عددا امتنع . ومفهوم كلامه أنهما إذا كانا غير مسكوكين جاز بيعهما جزافا ، وقد صرح به بقوله : (وَأَمَّا نِقَارُ) بكسر النون بمعنى : فجرات (الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ فَذَلِكَ) أي : شراء الجزاف (فِيهِمَا جَائِزٌ) إذا لم يتعامل بهما ، أما إذا تعومل بهما ، فلا يجوز بيعهما جزافا .

الثانى : أن لا يشترط زيادة وإلا امتنع ، لأنه يصير من المدخول عليه ، وانظره إن كان منقولا فمسلم .

قوله : (فيما يكال) كالحنطة .

وقوله (أو يوزن) كالعسل ، والسمن .

قوله : (أو يعد) كالبطيخ وغيره ، وأسقطه ، وزاده الشارح ، لأن الكلام فى المثلى والمعدود منه ، بدليل ما يأتى فى قوله : ولا يجوز شراء الرقيق جزافا ففى كلامه اكتفاء على حد ﴿ سَرَابِيلَ تَقِيكُمُ ٱلْحَرَّ ﴾ [النحل : ٨١] .

قوله : (أى ما دامت) الخ ، ما مصدرية ظرفية ، أى : مدة دوامها مسكوكة ، والتأويل بالدوام لا حاجة له ، فلو قال مدة وجودها مسكوكة لكفى ، وكان تامة ، ومسكوكة حال . وفيه إشارة إلى أن الأوْلى تأنيث الفعل ، ووجه ما ذكره المصنف اعتبار ما ذكر .

قوله : (لأنه من بيع المخاطرة) قال فى المصباح : وخاطر بنفسه فعل ما يكون الخوف فيه أغلب اهـ أى : لأنه من بيع الغرر ، فلا مفاعلة .

وقوله : (والقمار) الخ ، أى : المغالبة كما يفيده المصباح .

قوله : (وإن كان عددا امتنع) وكذا لو كان عددا ووزنا ، والمصنف إنما أطلق اتكالا على الغالب من أن المسكوك إنما يتعامل به عددا .

قوله : (بكسر النون) جمع نقرة – بالضم – القطعة المذابة من الذهب أو الفضة ، وفجرات جمع فجرة بمعنى قطعة .

قوله : (أى ما دامت الخ) ما مصدرية ظرفية ، أى : مدة دوامها مسكوكة ، والتأويل أى : يمتنع كما ذكره عج فى حاشيته ، وأما وزنا فقط ، فيجوز ، قال الشيخ : والحاصل : أن

ثانى : الشروط : أن لا تكون آحاده مقصودة : كالجوز ، واللوز ، احترازا مما لو قصدت أفراده ، ولم يَقِل ثمنه ، وإليه أشار بقوله : (وَلَا يَجُوزُ شِرَاءُ الرَّقِيقِ وَالثِّيَابِ جُزَافًا) وقيدنا : بلم يقل ثمنه ، احترازا مما إذا قصدت آحاده ، وقل ثمنه : كالرمان ، والبيض ، فإنه يجوز بيعهما جزافا .

ثالثها : أن يكون كثيرا بحيث لا يعلم قدره ، احترازا من القليل الذى يعلم قدره ، وإليه أشار بقوله : (وَلَا) أى : ولا يجوز شراء (مَا يُمْكِنُ عَدُّهُ بِلَا مَشَقَّةٍ جُزَافاً) كالحيتان .

رابعها : أن يكون معلوم الجنس : كقمح ، أو شعير ، احترازا مما لو قال : اشتر منّي صبرة من طعام .

خامسها : أن لا يشتريه مع مكيل .

التبر ، والحلى المكسور ، وكذا المسكوك المتعامل به وزنا فقط ، يجوز بيعه جزافا ، والفلوس الجدد كالنقد ، فإن كان التعامل بها عددا فقط ، أو عددا ووزنا امتنع بيعها جزافا ، وإن تعومل بها وزنا فقط يجوز ، لأن المتعامل به عددا يقصد أفراده ، بخلاف المتعامل به وزنا فقط .

قوله : (ولا يجوز شراء الرقيق الخ) أى : وكذا الحيوانات – وغيرها من أنواع المقومات – التى تختلف أفرادها ، حالة كون شرائها جزافا ، لأن اختلاف الأفراد اختلافا قويا يؤدى إلى المخاطرة والمقامرة ، وهى حرام .

قوله : (أى ولا يجوز شراء ما يمكن عده الخ) أى : لسهولة العد حينئذ ، بخلاف المكيل والموزون فيجوز بيعهما جزافا ، ولو أمكن الكيل أو الوزن بلا مشقة ، لأن شأن الكيل والوزن المشقة ، لتوقفهما على معيار شرعى أو معتاد .

قوله : (كالحيتان) أى : القلائل التى لا مشقة فى عدها .

قوله : (رابعها الخ) لا يخفى أن هذا الشرط لا يخص الجزاف .

قوله : (خامسها : أن لا يشتريه مع مكيل) أى : مع اتحاد الجنس فى عقد واحد ، أو اختلاف الجنس مع خروج كل عن أصله ، كمكيل أرض ، وجزاف حب ، بخلاف لو وقع كل على الأصل ، كجزاف أرض مع مكيل حب ، فيجوز ؛ كما يجوز شراء الجزافين والمكيلين فى عقدة واحدة ، ولو مع الخروج عن الأصل ، والأصل فى الحبوب الكيل ، والأرض الجزاف .

سادسها : أن لا يكثر جدا .

سابعها : أن يكون مرئيا بالبصر .

ثامنها : أن يكون المتعاقدان اعتادا الحزر في ذلك .

تاسعها : أن يكون جاهلين بمقداره .

عاشرها : أن يكون فى أرض مستوية .

قوله : (سادسها : أن لا يكثر جدا) بحيث لا يمكن حزره ، وإلا امتنع بيعه جزافا ولو معدوما .

قوله : (سابعها أن يكون مرئيا بالبصر) أى : ولذا يجب أن يكون كل من البائع والمشترى بصيرا ، فلا يجوز بيع الأعمى جزافا ولا شراؤه ، لاشتراط رؤية المعقود عليه ؛ ويكفى الرؤية ولو قبل العقد ، ويكفى رؤية بعضه المتصل بباقيه كالصبرة يرى ظاهرها ، والغرارة ، والحاصل الكبير . وكرؤية بعض مغيب الأصل .

وهذا فى غير قلال الخل التى يعلم أن فتحها يفسدها ، لكن بشرط كونها مملوءة ، أو يعلم المشترى نقصها ولو بإخبار البائع ، وصفة ما فيها ؛ وقال فى التحقيق – بعد قوله أن يكون مرئيا بالبصر –:فالغائب لا يجوز بيعه جزافا إذ لا يمكن حزره .

قوله : (اعتادا الحزر فى ذلك) أى : أو يوكلا من هو كذلك ، ويحزر المعقود عليه بالفعل .

قوله : (أن يكونا جاهلين بمقداره) فلو علماه معا لجاز العقد ، لأنه حينئذ ليس من بيع الجزاف ؛ وأما لو علمه أحدهما فلا يجوز بيعه جزافا ، وإن أعلم العالم الجاهل قبل العقد فسد ، وإن لم يعلمه لم يفسد . نعم يثبت الخيار للجاهل كظهور عيب فى السلعة دلس به البائع على المشترى .

قوله : (عاشرها أن يكون فى أرض مستوية) أى : لا مرتفعة ولا منخفضة فى ظن المتعاقدين حال العقد ، فإن علما ، أو أحدهما ، عدم الاستواء حال العقد لم يجز ، لأنه حينئذ يكثر فيه الغرر لعدم حزره ، وإن كشف الغيب عن عدم الاستواء يثبت الخيار لمن عليه الضرر منهما . وقال البساطى : استواء الأرض إنما هو شرط فى الحزر لا فى المبيع جزافا ، والجواب : أن شرط الشرط شرط .

(وَمَنْ باعَ نَخْلاً قَدْ أُبِّرَتْ) كلها أو أكثرها وفيها ثمر لم يبعه (فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ) أى : باق على ملكه ، لا يدخل فى العقد على النخل (إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَه الْمُبْتَاعُ) لنفسه فيدخل فى العقد فيكون له ، مفهوم كلامه : أن النخل لو كانت غير مؤبرة كانت الثمرة للمشترى وهو كذلك ، ولا يحتاج إلى شرط ، والأصل فيما ذكر قوله ﷺ : « مَنِ ابْتَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ ، وَمَنِ ابْتَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ » [1] (وَكَذَلِكَ غَيْرُهَا)

تنبيه : قال اللقانى : هذا الشرط شرط فى الجواز ، فإن انتفى لا يجوز البيع ، ويخير من عليه الضرر منهما ، وأما ما قبله من الشروط ، فهو فى الجواز والصحة .

قوله : (أبرت كلها أو أكثرها) أما لو لم تؤبر أصلا ، أو أبر منها دون النصف ، فإنه يكون للمشترى ، ولو أبر النصف لكان كل على حكمه ، فالمؤبر للبائع إلا أن يشترطه المشترى وغيره للمشترى . واختلف فى جواز اشتراط البائع لغير المؤبر ، فصحح فى الشامل الجواز ، بناء على أنه مبقى . قال اللخمى : وهو الصحيح . وشهر بعضهم : المنع . كمنع استثناء الجنين ، بناء على أنه مشترى وهو الراجح . فإن قلت : ظاهر الحديث أن يكون قد أبرت كلها ، قلت : أجاب البساطى : بأنهم نزلوا الأكثر منزلة الكل ، لأنه يعطى حكمه فى كثير من الأحوال ، وأنّث الضمير فى أبرت ، لأن النخل اسم جمع يجوز فى الضمير العائد إليه التذكير والتأنيث .

قوله : (لم يبعه) أى : لم يشترطه المشترى .

قوله : (إلا أن يشترطه) فهم من ذلك أنهم لو تنازعوا فى الاشتراط وعدمه لكان القول للبائع ، لأن الثمر له فى الأصل حتى يثبت المشترى اشتراطه ، وظاهر عبارته : أنه لا يجوز اشتراط البعض وهو كذلك ، لأنه إنما جاز بيعها قبل بدو صلاحها بطريق التبعية لأصلها ، واشتراط بعضها يقتضى قصد بيعها لذاتها وعدم التبعية .

قوله : (ومن ابتاع عبدا الخ) هذا من تتمة الحديث ، رواه مسلم ، وأصحاب السنن ، وخرجه البخارى مفرقا .

قوله : (وكذلك غيرها الخ) فالمؤبر كله أو جله للبائع إلا أن يشترطه المشترى ، وغيره للمشترى .

---

(١) الموطأ : ٦١٧/٢ و ٧٢٩ - البخارى : ٢٩٣/١ وفى غيرها طبع الهند - مسلم : ٧/٢ و ١٠ طبع الهند - أبو داود : ٣٦٥/٣ - ابن ماجه : ٧٤٦/٢ .

أي : غير النخل (مِنَ) الأشجار ذي (الثِّمَارِ) كالعنب ، والزيتون فيه التفصيل المذكور .

ثم فسر التأبير بقوله : (وَالإِبَّارُ) في النخل (التَّذْكِيرُ) بأن يجعل على الثمرة دقيقا يكون فى فحل النخل (وَإِبَّارُ الزرْعِ) على المشهور (خُرُوجُهُ مِنَ الْأَرْضِ ، وَمَنْ بَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مالٌ فَمَالُهُ لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ الْمُبْتَاعُ) كله قد تقدم دليله ،

قوله : (ذى الثمار) الأولى أن يقول : ذات الثمار بالتاء .

قوله : (بأن يجعل الخ) أى : لئلا تسقط ثمرتها .

تنبيه : المراد بلغ حد الإبار ، وإن لم تؤبر بالفعل ، كما قال الباجى . وأما غير النخل كالخوخ ، والتين ، فالتأبير فيه أن تبرز الثمرة فيه عن موضعها وتتميز بحيث تظهر للناظر .

قوله : (الزرع) المراد به غير ذى الثمر كالبرسيم والقرط .

قوله : (على المشهور الخ) وقيل إن إبار الزرع خروجه من يد باذره ، وهو خلاف المشهور .

قوله : (خروجه) فمن ابتاع أرضا ذات زرع ظاهر للناظر ، يكون زرعها للبائع إلا أن يشترطه المشترى ، ومن اشترى أرضا مبذورة لم يبرز زرعها فإنها تتناول بذرها .

قوله : (ومن باع عبدا) أى : جميعه ، احترازا عن المشترك ، والمبعض ، فإن مال المشترك يكون لمشتريه بمقتضى العقد ، ولو كان المشترى أحد الشركاء ، لأنه لا يجوز لأحد من الشركاء انتزاعه إلا بموافقة شريكه ؛ وهذا ما لم يشترطه البائع ، وإلا كان له . وأما المبعض فإن ماله يبقى بيده ليأكل منه فى يوم نفسه ، ولا ينتزعه مشتر ولا بائع اتحد أو تعدد . وإذا مات ورثه المتمسك بالرق .

ولا مفهوم لقوله : باع ، بل مثله كل عقد معاوضة ، فإذا دفعه صداقا ، أو خالعته الزوجة ، فماله للزوج فى الأولى ، وللزوجة فى الثانية إلا لشرط فيهما . وأما لو خرج من يد المالك بغير عوض ، فإن كان بعتق أو كتابة ، فإن ماله يتبعه ولو كثر إلا أن يستثنيه سيده قبل عتقه ، إن كان ممن ينتزع ماله ، فإن أعتقه أو كاتبه ولم يستثن ماله ، فليس له أن ينتزعه . وأما لو خرج عن ملك سيده بصدقة أو هبة فقيل ماله يتبعه ، فيكون للمعطى له ، وقيل يبقى للمعطى – بالكسر – وهذا هو المعتمد ، أفاده بعض الشيوخ .

قوله : (فماله للبائع) وأحرى ولده ، واستثنى من ماله ثياب مهنته أى : خدمته ، فإن العقد على ذات العبد يتناولها ، واختلف لو اشترطها البائع : هل يوفى له بشرطه أو لا ؟ خلاف .

ك : ومعنى يشترطه المبتاع ، أي : يشترطه للعبد لا لنفسه ، فإن اشترطه لنفسه امتنع ، إن كان الثمن ذهبا ، والمال ذهبا أو فضة انتهى وقال ق : قوله إلا أن يشترطه المبتاع ، سواء اشترطه للعبد أو لنفسه البيع صحيح ، مثل أن يقول له : أشترى منك هذا العبد بماله ، لأنه تبع له ، فلا حصة له فى الثمن ، فيجوز أن يشتريه بالدنانير ، والدراهم ، والعروض ، والحيوان ، وسواء كان ماله عينا ، أو عرضا ، أو حيوانا ، وإن قال المشترى : أشترى منك هذا العبد وماله ، فههنا يراعى فيه الربا ، فإن كان ماله عينا ، لا يجوز أن يشتريه بعين من جنسه ، وبعني بقوله : إلا أن يشترطه المبتاع كله ، فلو اشترط بعضه ، قال ابن القاسم ، لا يجوز . ولهذا قيدنا كلامه بقولنا : كله .

قوله : (امتنع إن كان الثمن ذهبا) لا يخفى إنه إذا كان الثمن ذهبا والمال ذهبا ، فالأمر ظاهر . وأما لو كان أحدهما ذهبا والآخر فضة ، فلا يؤخذ المنع على إطلاقه بل يجوز إذا اجتمع البيع والصرف فى دينار ، أو يكون الجميع دينارا .

والحاصل : أنه لابد أن يكون ثمن العبد مما يباع به ماله ، وأن يشترط جميعه ، وأن يكون معلوما ، فهذه ثلاثة شروط فيما إذا اشترطه المشترى لنفسه .

قوله : (وقال ق) هذه طريقة مخالفة لما قبلها .

قوله : (من جنسه) أى : نوعه ، ظاهره : أنه لو كان الثمن ذهبا ، ومال العبد فضة ، أو بالعكس ، أنه يجوز ، ولو لم يجتمع البيع والصرف فى دينار ، أو يكن الجمع دينارا . والظاهر : أن يقيد هذا المفهوم بما إذا كان الجميع دينارا ، أو يجتمع البيع والصرف فى دينار ، وإلا منع فتدبر . وقال ابن ناجى : إن مال العبد بالنسبة لبيعه كالعدم على المعروف ، فيجوز شراؤه بالعين ، وإن كان ماله عينا حاضرا أو غائبا ، معلوما أو مجهولا ، ولا يراعى فيه ربا ، ولا صرف مستأخر ، ولا تفاضل ، ولا غير ذلك ، لأن ماله تبع له . وظاهر كلام ابن ناجى سواء قال أشتريه بماله ، أو أشترى هذا العبد وماله ، لأن معنى وماله مع ماله قال عج : وقول ابن ناجى على المعروف يقتضى أن كلامه هو المعتمد ، ولو اشترط المشترى ولم يبين المشترط له فإن العقد ينفسخ ، قاله بعضهم . وفى كلام بعض شراح خليل ما يفيد الصحة ، وهو الظاهر الموافق لظاهر كلام ابن ناجى الذى هو المعتمد .

تنبيه : إسناد المال للعبد يقتضى أنه يملك ، وهو كذلك ، إلا أن ملكه غير تام بدليل جواز انتزاع السيد لماله .

قوله : (قال ابن القاسم لا يجوز) وقال أشهب بالجواز .

تنبيه : ظاهر قوله : وله مال ، سواء كان هذا المال بيد العبد ، أو على يد أمين ، أو كان دينا على السيد (وَلا بَأْسَ) بمعنى الجواز (بِشِرَاءِ) بالمد والقصر (مَا فِي الْعَدْل عَلَى الْبَرْنَامِج) **ك** : كلمة فارسية – بفتح الباء وكسر الميم – المراد بها الصفة المكتتبة لما فى العدل ، وهو فى اصطلاح أهل زماننا : الدفتر (بِصِفَةٍ مَعْلُومَةٍ) فإن وجده على الصفة التي في البرنامج لزمه البيع ، ولا خيار له ، وإن وجده على غيرها

قوله : (بمعنى الجواز) وكان الأصل منعه حتى ينظر بالعين ، لكنه أجيز لما فى حل العدل من الحرج والمشقة على البائع من تلويث ما فيه ، ومؤنة شده إن لم يرضه المشترى فأقيمت الصفة مقام الرؤية .

قوله : (كلمة فارسية الخ) أصله الزمام استعملتها العرب .

قوله : (بفتح الباء وكسر الميم) وفى عبارة : بفتح الباء وكسر الميم ، وكسرهما ، وقال **ق** : بفتح الباء والميم وكسرها وكسر الميم هو اللغة الفصيحة اهـ .

قوله : (المراد بها الصفة الخ) قال **عج** : والظاهر أن الكتابة ليست بقيد بل لو حفظ البائع عدد ما فى العدل وصفته ، وباعه على عدده ووصفه لكان ذلك كافيا .

قوله : (لما فى العدل) أى : الصفة لما فى العدل المكتتبة ، أو المكتتبة لبيان ما فى العدل . ومفاد عبارة الشارح : أن المراد بها عند أهل الفرس الصفة غير ما عليه أهل الاصطلاح ؛ والمتبادر من كلام غيره : أن ما عليه الاصطلاح هو معناها عند أهل الفرس فلتراجع . والعدل – بكسر العين –

وقوله : (بصفة معلومة) حال من البرنامج ، والتقدير حالة كونه ملتبسا بصفة معلومة ، والمتبادر من المصنف أنه أراد بالبرنامج الدفتر لا الصفة ، كما قاله شارحنا .

قوله : (بصفة معلومة) أى : بيان عدة الثياب وأصنافها وذرعها وصفتها .

تنبيه : لو تنازع البائع والمشترى بعد قبض المبتاع والغيبة عليه ، فادعى البائع أن الثياب التى فى العدل موافقة لما فى الدفتر ، وقد ضاع الدفتر – مثلا – أو كان موجودا وادعى البائع أن ما أتى به المشترى غير ما وجد فى العدل ، فالقول للبائع بيمينه ، وصفته أن يحلف أن ما فى العدل موافق لما فى البرنامج ، ولو وجد الدفتر ولم يدع ما ذكر لوجب الرجوع له .

قوله : (وإن وجده على غيرها الخ) وأما لو وجدوا حدا وخمسين ، وكان فى البرنامج

فهو بالخيار في لزوم البيع وفسخه (وَلَا يَجُوزُ شِرَاءُ ثَوْبٍ لا يُنْشَرُ وَلَا يُوصَفُ) ظاهره : أنه لو وصفه لجاز ؛ ع : المشهور لا يجوز ، لأنه لا مشقة في إخراجه (أَوْ) أى : وكذلك لا يجوز شراء ثوب (فى لَيْلٍ مُظْلِمٍ) وقوله (لَايَتَأَمَّلَاهُ) — بحذف النون — فى أكثر النسخ على أن لا نافية جرت مجرى النهى فتجزم ، وفى بعضها بإثباتها . وضمير التثنية عائد على المتبايعين ، والمبتاع هو الذى يتأمله وحده ، وقيل وهو مرادف لقوله : (وَلَا يَعْرِفَانِ مَافِيهِ) مفهوم كلامه : لو كان فى ليل مقمر جاز ، والذي فى المدونة : لا يجوز في ليل مطلقا مقمرا كان أو غير مقمر (وَكَذَلِكَ الدَّابَّةُ) ذات الحوافر ، لا يجوز شراؤها (فِى لَيْلٍ مُظْلِمٍ) وكذلك بهيمة الأنعام عند

خمسون شاركه البائع بجزء من واحد وخمسين ، فإن نقص العدد ثوبا نقص من الثمن جزء من خمسين ، فإن كثر النقص رد البيع .

قوله : (ولا يجوز شراء ثوب الخ) أى : يشترط البائع على المشترى أنه لا ينشر له ، ولا يوصف وقت العقد ، ولا سبق له رؤية بل يبيعه على اللزوم بمجرد لمسه ، ولو باعه على الخيار بالرؤية لجاز ولو لم يذكر جنسه ، ولو نشر لجاز ولو على اللزوم .

قوله : (المشهور لا يجوز) إلا أن يكون فى نشره فساده ، فيتفق على الجواز .

قوله : (لا يتأملاه) حال ، فإن وقع على هذا الوجه على اللزوم كان باطلا ، ويجوز على خياره بالرؤية .

قوله : (جرت مجرى النهى) أى : أو على لغة قليلة بحذف نون الأفعال الخمسة لمجرد التخفيف .

قوله : (والمبتاع هو الذى يتأمله وحده) وأجيب بأنه يطلب العلم من كل واحد من المتعاقدين ، والبائع قد لا يعلم حقيقة ما عنده .

قوله : (قيل وهو مرادف الخ) وقيل ليسا مترادفين ، فمعنى الأول : لا يتأملا صفته وقدره ، ومعنى الثانى : لا يعرفا ما فيه من العيوب . **قلت** : مقتضى المرادفة أنه لا يصح البيع ليلا ولو تأملاه ، وهو كذلك على ظاهر الأمهات ، بناء على أن حقيقة المبيع لا تدرك ليلا . وفى البرزلى : إذا كان العاقد يمكنه الوصول إلى معرفة المعقود عليه ظاهرا وباطنا بالقمر ، مثل النهار ، جاز ، قال **عج** : وهذا الخلاف فى شهادة .

قوله : (والذى فى المدونة) هو الراجح بل لو وقع البيع نهارا على البت مع عدم معرفة ما فيه كان باطلا .

ابن القاسم (وَلَا يَسُومُ أَحَدٌ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ) وهو الزيادة فى الثمن ، لما صح من قوله ﷺ : « لاَ يَسُومُ ٱلرَّجُلُ عَلَى سَوْمِ أَخِيهِ ٱلْمُسْلِمِ » (١) قوله : المسلم ، خرج مخرج الغالب فلا يجوز للمسلم أن يسوم على سوم الذمى (وذَلِكَ) النهى عن السوم على سوم أخيه محله (إذا رَكَنَا) بكسر الكاف وفتحها قيل هو بمعنى (وَتَقَارَبَا) وهو أن يميل البائع إلى المبتاع ، والنهي عن ذلك محمول على التحريم ، فلا يجوز لأحد أن يزيد على المبتاع حينئذ ج : واختلف إذا وقع هل يفسخ أم لا ؟ وسمع

قوله : (عند ابن القاسم) وأما أشهب ففصل بين ما يؤكل لحمه فيجوز شراؤه بالليل حيث كان المقصود لحمه ، لأنه يمكن اختباره بالليل ، لأن جسه باليد يبين الغرض المقصود منه ، إذ به يعرف سمينه وهزيله ، وإلا فلا يجوز شراؤه بالليل . والظاهر أن شراء الحوت ونحوه من الطيور كبهيمة الأنعام التى يراد منها اللحم ، قال الشيخ : وملخص ما فهم من كلام أهل المذهب فى الثياب وغيرها ، أنه إن علم المعقود عليه باطنا وظاهرا بحيث لا يتميز إدراكه للمتعاقدين فى النهار عن إدراكه لهما فى الليل جاز بيعه وإلا فلا .

قوله : (ولا يسوم) فيه أن لا ناهية وكان الواجب حذف الواو من يسوم لالتقاء الساكنين ، وأجيب : بأنه خبر لفظا إنشاء معنى ، ولم يجز ذلك لأنه يورث العداوة .

تنبيه : قال **تت** : والسوم فى المبايعة طلب كمية الثمن .

قوله : (إذا ركنا الخ) ابن العربى : صوابه إذا ركن بغير ألف اهـ ولعل وجهه : أن الركون يكون من واحد فقط ، وهو المطلوب للطالب .

قوله : (بكسر الكاف وفتحها) فهو من باب علم يعلم أو قتل يقتل ، وزيد ثالث بالفتح فيهما .

قوله : (أن يميل الخ) أى : بحيث لم يبق بينهما إلا الإيجاب والقبول باللفظ .

قوله : (فلا يجوز لأحد أن يزيد) أى : ولا يجوز أن يعرض له سلعة أخرى يرغبه فيها حتى يعرض عن الأول .

قوله : (واختلف إذا وقع هل يفسخ أم لا) ظاهره : أن الخلاف المذكور جار على أن النهى للتحريم ، وليس كذلك .

---

(١) البخارى : ٢٨٢/١ و ٢٨٩ و ٧٧٢/٢ طبع الهند – مسلم : ٣/٢ طبع الهند – ابن ماجه : ٧٣٤/٢ أبو داود ٣٠٨/٢ بلفظ لا يبع على بيع أخيه إلا بإذنه .

سحنون ابن القاسم : يؤدب فاعل ذلك .

ثم صرح بمفهوم الشرط فقال : (لَا فى أَوَّلِ التَّسَاوُمِ) قبل التراكن ، فإن سوم الرجل على سوم الآخر حينئذ جائز ، لأنه لو نهى عن ذلك لدخل الضرر على الباعة فى سلعهم .

(وَالْبَيْعُ) عندنا (يَنْعقِدُ بالكَلَام) وبكل ما يدل على الرضا كالإشارة والمعاطاة (وَإِنْ لَمْ يَفْتَرِقِ المُتَبَايِعَانِ) على المشهور ، وقد تقدم فى بيع الخيار أن التفرق فى قوله ﷺ : « اَلْمَتَبَايِعَانِ بِالخِيَارِ مَالَمْ يَفْتَرِقَا » محمول عند مالك على التفرق بالأقوال . وهنا انتهى كلام الشيخ على البيوع .

وحاصل ما فيه : أن لمالك قولين فى النهى ، هل هو على الكراهة أو على الحرمة ؟ والفسخ على الثانى الذى هو الحرمة دون الأول ، والمعتمد الحرمة : **قلت** : قضيته أن يكون المعتمد الفسخ ، وأنه يحرم على البائع البيع حينئذ ، وتقدم فى النكاح أنه إذا خطب على خطبة غيره بعد التراكن أنه يفسخ إن لم يدخل ، أى : فالفسخ هنا إن لم يفت ، هذا هو القاعدة .

قوله : (ابن القاسم يؤدب الخ) أطلقه ابن رشد وابن يونس ، وقال الباجى : لعله يريد من يتكرر ذلك منه بعد الزجر ، وهذا كالنص فى أن النهى محمول على التحريم .

قوله : (لا فى أول التساوم) صرح المصنف بذلك ، وإن فهم من التقييد ردا على من كره التزايد مطلقا ، مخافة الوقوع فى النهى المذكور . وإنما يجوز السوم على سوم الغير قبل التراكن ، إذا أراد السائم ، أى : يشتريها ، لا إن قصد غرور الغير فيحرم .

قوله : (جائز) لعله خلاف الأولى ، لما قرروه أن بيع المساومة أفضل من المزايدة ، لأنه يورث الضغائن .

قوله : (الباعة) جمع بائع .

قوله : (ينعقد) أى : يلزم ، لا أن المراد توجد حقيقته ، بدليل قوله : على المشهور ، فإنه رد على ابن حبيب الموافق للشافعى فى أن البيع لا ينعقد ، أى : لا يلزم إلا بعد الافتراق من المجلس .

فقول الشارح : (كالإشارة والمعاطاة) أى : من الجانبين ، لأن المعاطاة من جانب واحد يوجد بها حقيقة البيع لا لزومه .

قوله : (المتبايعان) تثنية متبايع بالياء لا بالهمز .

قوله : (محمول عند مالك الخ) قال ابن عمر : الذى عندى أن مذهب الشافعى بالنسبة إلى الأخذ بظاهر هذا الحديث أرجح وأقل تكلفا للتأويل اهـ .

ثم شرع يتكلم على ماشاكلها ، وبدأ بالإجارة ، وهى : بيع منافع معلومة بعوض معلوم ، فقال : (وَالْإِجَارَةُ جَائِزَةٌ) لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ [الطلاق : ٦] وقوله ﷺ فى الصحيحين : « ثَلَاثَةٌ أَنَا خَصْمُهُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ : رَجُلٌ أَعْطَى بِي ثُمَّ غَدَرَ ، وَرَجُلٌ بَاعَ رَجُلًا فَأَكَلَ ثَمَنَهُ وَرَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيراً فَاسْتَوْفَى مِنْهُ وَلَمْ يُعْطِهِ أَجْرَهُ » (١) .

ولها أركان وشروط أما أركانها فثلاثة : **الأول** : العاقدان ، وشرطهما التمييز والتكليف

قوله : (وبدأ بالإجارة) مأخوذة من الأجر بمعنى الثواب ، يقال : استأجر الرجل الرجل إذا استعمله عملا بأجرة ، أى : بثواب يثيبه على عمله .

قوله : (وهى بيع منافع معلومة) هذا التعريف غير مانع لشموله الكراء ، وعرفها عج بقوله : بيع منفعة عاقل بعوض ، ثم أقول : والأوْلى التعبير بعقد ، لأن الإجارة ليست بيعا بالمعنى الأعم ولا بالمعنى الأخص .

قوله : (معلوما) أى : بالعادة أو بالشرط إلى أجل معلوم بالعادة أو بالشرط .

قوله : (رجل أعطى بى) ببناء الفاعل ، ومعناه أعطى الأمان باسمى ، أو بذكرى ، أو بما شرعته من دينى ، وذلك بأن تقول للمستجير : لك ذمة الله ، أو عهد الله ، ثم تغدره بعد ذلك ، هكذا فى شرح الترغيب والترهيب .

قوله : (باع رجلا) فى نسخة حرا ، ومعناه أنه باع نفس الحر كما نبه عليه بعض شراح الحديث ، وهذا حديث قدسى .

قوله : (والتكليف شرط لزوم) المراد به الرشد والطوع ، فعقد الصبى والعبد على سلعهما ، أو على نفسهما صحيح غير لازم ، فلوليهما فسخه وإمضاؤه ، وإن لم يطلع على ذلك إلا بعد الاستيفاء ، لزم المستأجر الأكثر من المسمى وأجرة المثل ، وكذا إن عقد السفيه أو المكره إكراها حراما ، يكون لولى السفيه وللمكره بعد زوال الإكراه ، الإجازة أو الفسخ إلا أن يكون عقد السفيه على نفسه ، فلا كلام لوليه لأنه لا حجر عليه فى نفسه ، إلا أن تكون فى إجارته نفسه محاباة .

---

(١) البخارى : ٣٠٢/١ طبع الهند – ابن ماجه : ٨١٦/٢ .

شرط لزوم ، والإسلام شرط فى المصحف ، والمسلم ، كما في عاقدي البيع .

الثانى : الأجرة ، وهى : كل مايصح ، أن يكون ثمنا فى المبايعات صح أن يكون أجرة ، فلا بد أن تكون طاهرة ، منتفعا بها ، مقدورا على تسليمها ، معلومة .

الثالث : المنفعة ، وشرطها أن تكون مباحة ، احترازا من الغناء وآلات الطرب ، وأن تكون داخلة تحت التقويم ، فلا يجوز استئجار نار ليستوقد منها نارا ، وأن تكون غير متضمنة استيفاء عين قصدا ، فلا يصح استئجار الأشجار لاستيفاء ثمرها ، لأن ذلك يؤدى إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها ، وأن تكون مقدورا على تسليمها ، فلا يجوز استئجار أرض الزراعة وماؤها غامر ، وأن تكون غير حرام ،

قوله : (كما فى عاقدى البيع الخ) مفاده أن الإسلام والمصحف شرطان فى الجواز لا فى الصحة .

قوله : (كل ما يصح أن يكون ثمنا) أى : فى الجملة ، وقلنا ذلك لئلا ينتقض بالطعام ، وما تنبته الأرض ، لصحة كونهما ثمنا ، وعدم صحة كونهما أجرة لأرض الزراعة .

قوله : (الغناء) لا يخفى أن الغناء مكروه لذاته ، والحرمة إنما هى لعارض ، وظاهره عدم صحة الإجارة مطلقا ؛ والظاهر : أن محل عدم الصحة إذا كانت محرمة .

قوله : (وآلات الطرب) أى : وصوت آلات الطرب .

قوله : (وأن تكون داخلة تحت التقويم) المراد بالدخول تحت التقويم قبولها إياه .

قوله : (فلا يجوز استئجار نار) ولا التفاحة لشمها ، لأن تأثرها ليس من الاستيفاء ، وإنما هو من مرور الزمن .

قوله : (وأن تكون غير متضمنة) أى : مشتملة .

قوله : (فلا يصح استئجار الأشجار) وكذا لا تستأجر الشاة ، لأخذ نتاجها ، أو صوفها ؛ ويستثنى من ذلك مسألة الإرضاع ، ومسألة من استأجر أرضا فيها عين أو بئر ، قال فى التوضيح : واحترز ، أى : ابن الحاجب بقوله : قصدا من إجارة الثياب ونحوها ، فإن بعضها يذهب بالاستعمال ، لكن بحكم التبع ولم يقصد . ثم فى الكلام بحث ، وذلك أن المحدث عنه المنفعة ، والضمير فى فيكون ، عائد على الإجارة لا المنفعة .

قوله : (وماؤها غامر) أى : فالمنفعة ، وهى : الزراعة غير مقدور على تسليمها ، أى : وندر انكشافه ، أى : ولم يقل له إن انكشفت ؛ وأما لو قال له : أستأجر منك أرضك إن

فلا يجوز استئجار حائض لكنس مسجد بنفسها ، وأن تكون معلومة ، فلابد من بيان جنس المنفعة لينتفى الغرر ، كما إذا اكترى دابة ليحمل عليها أو ليركبها ، مالم يكن عرف كحمير المكارية عندنا بمصر ، فإنها جارية فى ركوبها .

وأما شرائطها فثلاثة ، أشار إلى اثنين منها بقوله : (إذا ضَرَبَا لِذَلِكَ أَجَلًا وَسَمَّيَا الثَّمَنَ) أما **الأول** ، فظاهره : أنه لابد منه فى كل إجارة ، وليس كذلك ، فإن من الإجارات ما لا يحتاج إلى ضرب أجل وهو ما تكون غايته الفراغ منه : كالخياطة ، والنسج ، ومنها ما يحتاج إلى ضرب أجل ، وهو : ما لا غاية له إلا بضرب الأجل ، مثل : أن يؤاجره على رعاية غنم بأعيانها .

انكشفت ، فإنه يجوز لكن بشرط عدم النقد ، فمتى حصل النقد – ولو تطوعا – وجد المنع ، وإما إذا كانت لا تنكشف أصلا فلا يجوز .

قوله : (لكنس مسجد بنفسها) أى : فالمنفعة وهى كنسها المسجد بنفسها حرام ، فإن قلت : هذا مكرر مع قوله : أن تكون مباحة : الخ . **قلت** : لا تكرار ، لأن الأول مراد منه أن تكون ذاتها مباحة ، فصوت آلات الطرب حرام لذاته ، بخلاف كنس الحائض المسجد ، فإن حرمته إنما هى من أجل كونها حائضا ، ولو انتفى الحيض لانتفت الحرمة .

نعم يبقى إشكال فى الغناء ، فإن ذاته مكروهة ، والحرمة إنما تلحقه لعارض ، فتدبر . قال فى التوضيح : وأما لو كانت الإجارة متعلقة بذمتها فتجوز .

قوله : (جنس المنفعة) أى : جنس هو المنفعة .

قوله : (كما إذا اكترى دابة ليحمل عليها) أى : فلابد من بيان الحمل ، ولابد أن يعين المحمول .

وقوله : (أو ليركبها) أى : يقول له أكترى منك الدابة لأركبها .

قوله : (المكارية) جمع مكارى بضم الميم فيهما .

قوله : (ومنها ما يحتاج الخ) واختلف إذا جمع بين الزمن والعمل ، كأن قال له : خِط هذا الثوب فى هذا اليوم بدرهم ، فقيل يفسد إذا كان الزمن مساويا للعمل ، وأوْلى إذا كان العمل أكثر . وأما إذا كان الزمن أوسع من العمل فهو جائز . وقيل يمنع مطلقا ، وعلى القول بالفساد ، له أجرة مثله بالغة ما بلغت . وأما على القول بالصحة ، فإن عمل فى الزمن الذى عين له فله المسمى ، وإن عمله فى أكثر فيقال : ما أجرته على عمله فى الزمن الذى سماه له ؟ فإذا قيل خمسة – مثلا – فيقال : ما أجرته على عمله فى الزمن الذى عمل فيه ؟ فإذا قيل أربع ، حُط عنه من المسمى خمسة لأنه لم يرض بدفع الأجرة التى سماها إلا على العمل فى الزمن الذى سماه .

قوله : (بأعيانها) وكذا إذا لم تكن معينة كخمسين نعجة .

وأما **الثانى** ، فظاهره : كما قال ج : أنه إذا لم تقع تسمية لم يجز ، وهو كذلك ، إلا أن يكون عرف لا يختلف ، فيجوز – وسمع ابن القاسم – : لا بأس باستعمال الخياط المخالط الذي لا يكاد يخالف مستعمله دون تسمية أجر إذا فرغ أرضاه بشيء يعطيه له . قال ابن رشد : لأن الناس استأجروه كما يعطى الحجام والحمامى ، والمنع منه حرج فى الدين ، وغلو فيه . انتهى .

الثالث : أن يكون العمل موصوفا ، أو له عرف يدخل عليه المتآجران .

تتميم : قد تكون الإجارة مكروهة مثل : أن يؤاجر نفسه على الصلاة ونحوها ،

قوله : (وسمع ابن القاسم) لا يخفى أن هذا مما أعطى حكم العرف ، ولبس من العرف ، كما هو ظاهر لمن تأمل .

قوله : (لا يكاد يخالف مستعمله) أى : فيما يعطيه من الأجرة وفيما يقصده منه .

قوله : (إذا فرغ) أى : حيث كان إذا فرغ الخياط فرض مسألة إذ مثله غيره .

قوله : (كما يعطى الحجام) أى : لأن الناس استأجروه على شيء معروف فى الجملة ، كالقدر الذى يعطاه الحجام الذى يتعاطى الحجامة .

وقوله : (حرج) أى : ضيق .

وقوله : (وغلو) أى : زيادة ، وهو عطف لازم على ملزوم . واعلم أن لفظ ابن رشد فى البيان استجازوه ومضوا عليه ، وهى ظاهرة .

قوله : (قد تكون الإجارة مكروهة) الأصل فيها الجواز .

قوله : (مثل أن يؤاجر نفسه على الصلاة) أى : إماما بالناس ، كانت الصلاة فرضا أو نفلا ؛ ابن القاسم : وهو فى المكتوبة عندى أشد كراهة ، وإن وقعت صحت ، وحكم بها كالإجارة على الحج .

وتجوز الصلاة خلف من يأخذ الأجرة من غير كراهة ، ومحل الكراهة إذا كانت الأجرة تؤخذ من المصلين ، وأما إذا أخذت من بيت المال ، أو من وقف المسجد ، فلا كراهة .

قوله : (ونحوها) كالحج ، وأما إذا استأجره على ذات الصلاة والصيام من كل عبادة معينة فلا تجوز ، احترازا من فرض الكفاية : كغسل الميت ، وحمل الجنازة ، وحفر القبر ، فإن الإجارة على ذلك جائزة .

أو يؤاجر نفسه لذمي لا يناله من ذلك ذل ، وقد تكون حراما ، مثل : أن يؤاجر نفسه لذمي يناله بذلك ذل ، أو يؤاجر نفسه لمعروف بالغصب ونحوه مما فيه حرام .

ثم انتقل يتكلم على الجعالة ، وهي : أن يجاعل الرجل الرجل على عمل يعمله له ، إن أكمل العمل كان له الجعل ، وإن لم يكمله لم يكن له شيء وذهب عليه عمله باطلا .

وحكمها الجواز لقوله تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ [يوسف : ٧٢] ولحديث البخارى فى الرقية بالفاتحة ؛ ابن عرفة : وفى الاستدلال به على الجعل

قوله : (أن يؤاجر نفسه لذمى الخ) **حاصله** : أن محل الكراهة إذا كان يستبد بعامل الكافر وليس تحت يده ، ولا اكتراه فى فعل محرم ككونه مقارضا ، أو ساقيا له ، فإن لم يستبد بعمله ، فهو جائز كالصانع له فى حانوته ، بأن يخيط له ثوبا ، وإن كان تحت يده فهو محظور كالخدمة فى بيته ، والإرضاع له ، ويفسخ إلا أن تفوت فيمضى . وتكون له الأجرة ، وإن كان فى فعل محرم حرم كعمل الخمر ، ورعى الخنزير وإن فات بالعمل مضى وتصدق بالكراء ، إلا أن يعذر بجهل . وقولنا : حرم ، أى : حرمة قوية ، فلا ينافى أن الذى قبله حرام بدليل الحكم بالفسخ .

قوله : (يناله بذلك ذل) كأن يمشى وراءه مثلا فهذا يفسخ متى اطلع عليه ، فلو لم يطلع عليه إلا بعد الفوات ، فلا يتصدق عليه بالعوض .

قوله : (مما فيه حرام الخ) الأولى أن يقول : مما هو حرام كالسرقة .

قوله : (الرجل) أى : مثلا .

قوله : (لقوله تعالى ولمن الخ) أى : وشرع من قبلنا شرع لنا ما لم يرد ناسخ .

قوله : (ولمن جاء به) أى : بالصواع ، قال البيضاوى : جعل السقاية المشربة فى رحل أخيه ، قيل كانت مشربة جعلت صاعا يكال بها ، وقيل كانت تسقى الدواب بها ، وكانت من فضة ، وقيل من ذهب .

قوله : (فى الرقية بالفاتحة) قصة الرهط مع الجماعة الذين لدغ سيدهم ، رواها أبو سعيد الخدرى فإنه قال : انطلق نفر من أصحاب رسول الله ﷺ فى سفرة سافروها حتى نزلوا على حى من العرب ، فاستضافوهم فلم يضيّفوهم ، فلدغ سيد ذلك الحى ، فسعوا له بكل شيء فلم ينفعه شيء ، فقال بعضهم لبعض : لو أتيتم هؤلاء الرهط الذين نزلوا عندنا لعل أن يكون عند بعضهم شيء فأتوهم ، فقالوا لهم : إن سيدنا لدغ ، وقد سعينا له بكل شيء فلم

نظر ، لجواز إقراره عليه الصلاة والسلام إياهم على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة .
ج : لا نظر فيه ، لأن قوله ﷺ : « وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ » مع قوله : عليه الصلاة والسلام : « إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْراً كِتَابُ ٱللهِ » (١) يقتضي صرف ما أخذوه للرقية لا للضيافة ؛ ولا خلاف فى جوازه فيما قل ، واختلف فيما كثر ، والمذهب الجواز .

ينفعه ، فهل عند أحد منكم شيء ؟ فقال بعضهم : نعم ، والله إنى لأرقى ، ولكن قد استضفناكم فلم تضيفونا ، فما أنا براق حتى تجعلوا لى جعلا ، فصالحوهم على قطيع من الغنم ، فانطلق يتفل عليه ويقرأ الحمد لله ، أى : الفاتحة ، فكأنما نشط من عقال يمشى وما به قلبة ، أى : علة ، فأوفوهم جعلهم ، فقال بعضهم : اقسموا ، فقال الذى رقى : لا تفعلوا حتى نأتى النبى ﷺ فنذكر الذى كان فننظر ما يأمرنا ، فقدموا على رسول الله ﷺ فذكروا له ذلك فقال : « وَمَا يُدْرِيكَ أَنَّهَا رُقْيَةٌ » ؟ ثُمَّ قَالَ : « قَدْ أَصَبْتُمْ اِقْتَسِمُوا ، وَٱضْرِبُوا لِي مَعَكُمْ بِسَهْمٍ » (٢) فضحك رسول الله ﷺ ، والقطيع من الغنم الفرقة ، وقوله : لا رقى من باب رمى .

قوله : (على الجعل) أى : على جوازه ، أى : على جواز الجعل الذى هو الجعالة المتقدم تعريفها .

قوله : (على ذلك) أى : على الجعل بمعنى المأخوذة ، ففى العبارة استخدام ، لأن ضمير إياه يعود عليه .

قوله : (وما يدريك أنها رقية) أى : قال عليه الصلاة والسلام للراق .

وقوله : (أنها) أى : الفاتحة . ورقية - بضم الراء وإسكان القاف - أى : أيُّ شيء أدراك أى : أعلمك أنها رقية ؛ وعند الدارقطنى : وَمَا عَلَّمَكَ أَنَّهَا رُقْيَةُ ؟ قَالَ : حَقٌّ أُلْقِيَ فى رَوْعِى .

قوله : (ولا خلاف فى جوازه فيما قل واختلف فيما كثر) أى : فقد قال عبد الوهاب : أنه يكون فى القليل دون الكثير ، وانظر ما ضابط القليل من غيره ؟

---

(١) البخارى : كتاب الطب : ٨٥٤/٢ طبع الهند وهو من مفرداته .

(٢) البخارى : ٣٠٤/١ ومواضع أخرى طبع الهند - مسلم : ٢٢٤/٢ طبع الهند وقال النووى فى شرحه : والراق هو أبو سعيد الخدرى - رضى الله عنه - كذا جاء مبيناً فى غير رواية مسلم . أبو داود : ٣٦١/٣ . ابن ماجه ٧٢٩/٢ .

وبجوازه شروط : **أحدها** . أشار إليه بقوله : (وَلَا يُضْرَبُ فِي الْجُعْلِ) بمعنى الجعالة (أَجَلٌ) لأن ذلك مما يزيد فى غرر الجعل ، إذ قد ينقضي الأجل قبل تمام العمل ، فيذهب عمله باطلا ، أو يأخذ ما لا يستحق إلا أن يشترط عليه أنه يترك متى شاء .

والجعالة تكون (في) أشياء كثيرة كـ (رَدِّ آبِقٍ أَوْ بَعِيرٍ شَارِدٍ أَوْ حَفْرِ بِئْرٍ أَوْ بَيْعِ ثَوْبٍ وَنَحْوِهِ) .

قوله : (وبجوازه شروط) واعلم أن المصنف لم يذكر أركانه ، وهى أربع : العاقدان ، والعمل ، والعوض ، وشرط العاقد التأهل لعقد الإجارة صحة ولزوما ، وشرط الجعل – بمعنى العوض – أن يصح كونه أجرة ، ولا يشترط إيقاع العقد فيه من الجانبين بل يستحق الجعل وإن لم يحصل معاقدة ، لأنه متى أحضر العبد الآبق من اعتاد ذلك ، وجب الجعل ، وقع من ربه التزام أو لا ، وأما لو أتى به من لا عادة له بذلك ، فإنما له النفقة على الآبق من أكل ، وشرب ، ولباس ، لا نفقته على نفسه ، فإنها على نفسه لا على رب الآبق .

قوله : (بمعنى الجعالة) مفاده : أن الجعل ليس إلا عبارة عن العقد المعلوم ، والجعل يستعمل مرادا منه العقد المذكور ، ويستعمل مرادا منه الأجرة ، والمراد الأول ؛ فلذلك أتى بقوله : بمعنى الخ ، وهو مسلم فى الجعل ، أى : من حيث إنه يستعمل مرادا منه العقد ، ومرادا منه الأجر ، وغير مسلم فى الجعالة إذ تطلق ويراد بها الأجر . فتدبر .

قوله : (الجعالة) بفتح الجيم ، وكسرها ، وضمها .

قوله : (أو يأخذ ما لا يستحق) إن انقضى العمل قبل تمام الأجل .

قوله : (إلا أن يشترط) مستثنى من قوله : ولا يضرب فى الجعل أجل ، أى : لا يضرب فى الجعل أجل فى حالة من الحالات إلا حالة الاشتراط أنه يترك العمل متى شاء .

واعلم : أن الإجارة تلزم بالعقد ، وأما الجعل قبل الشروع فلا يلزم واحدا منهما ، وأما بعد الشروع فيلزم الجاعل دون العامل ؛ إذا تقرر ذلك فيرد على الشارح أنه يقال له : لِمَ كان العقد غير جائز عند عدم الشرط ؟ وأجيب : بأن المجعول له عند عدم الشرط دخل على التمام ، وإن كان له الترك ، فغرره قوى ، وأما عند الشرط فقد دخل ابتداء على أنه مخير ، فغرره خفيف .

قوله : (والجعالة الخ) اعلم : أن العمل المجاعل عليه بعضه يصح فيه الإجارة ، وذلك كأن يتعاقد معه على بيع أو شراء ثوب ، أو اقتضاء دين ، وكحفر بئر فى أرض موات ، لأنه إن

ثانيها : أشار إليه بقوله : (وَلَا شَيْءَ لَهُ) أى : للمجعول له (إِلَّا بِتَمَامِ

عين فيها مقدار مخصوص من الأذرع كان إجارة ، وإن عاقده على إخراج الماء كان جعلا ، وبعضه : لا تصح فيه الإجارة كالمعاقدة على إحضار عبد آبق ، أو بعير شارد ، ونحوهما من كل ما يجهل فيه العمل . وبعضه : لا تصح فيه الجعالة وتتعين الإجارة ، كالمعاقدة على عمل فى أرض مملوكة للجاعل : كحفر بئر فى أرض مملوكة له ، فقول الشارح : أو حفر بئر ، أى : فى أرض موات جاعله على إخراج مائها .

قوله : (كرد آبق الخ) اعلم : أن من شرط الجعل أن يكون فيما يجهلان مكانه ، فإن علم أحدهما مكانه فإن ذلك لا يجوز ، فإن علم الجاعل فقط وجهل العامل ، فله الأكثر من الجعل وأجر المثل ، وإن علم المجعول له فقط فلا شيء له ، لأن الإتيان به صار واجبا عليه حيث علم مكانه ، وربه لا يعلم . ومن ادعى عدم العلم منهما فالقول قوله ؛ قال بعض الشراح لخليل : وينبغى إذا علماه أن له جعل مثله نظرا لسبق الجاعل بالعداء اهـ .

فتلخص : أنه متى علما أو أحدهما مكانه فسخ العقد ، وإذا تم العمل فقد علمت حكمه .

قوله : (ولا شيء له الخ) فإذا تم العمل استحق الجعل المسمى له ، وجعل مثله إن لم تكن تسمية حيث كانت عادته الإتيان بالإباق ، ولو استحق الشيء المجاعل عليه ، ولو قبل قبض ربه ، ولو كان الاستحقاق بحُرية ، وكذا لو أعتقه السيد بعد شروع العامل فى تحصيله بخلاف موته قبل قبض ربه له فلا يستحق ، ومثل الموت هربه أو أسره ، أو غصبه . والفرق بين هذه المذكورات والاستحقاق ، أن الاستحقاق يغلب كونه ناشئا عن عداء الجاعل .

تنبيه : قوله : إلا بتمام ، يستثنى منه ما إذا استأجر ربه على التمام ، أو جاعل عليه ، أو أتمه بنفسه ، أو عبيده ، فالمراد : إلا أن يحصل الانتفاع بالعمل السابق ، فإنه يكون للأول بنسبة عمل الثاني ، سواء عمل الثاني قدر عمل الأول ، أو أقل ، أو أكثر ، مثل : أن يجعل للأول خمسة على حمل خشبة إلى موضع معلوم فبلغها نصف الطريق وتركها ، فجعل للآخر عشرة دراهم على تبليغها النصف الآخر ، فإن الأول يأخذ عشرة ، لأنه الذي ينوب فعل الأول من إجارة الثانى ، لأن الثانى لما استؤجر نصف الطريق بعشرة ، علم أن قيمة إجارته يوم استؤجر عشرون . ولا يقال : إن الأول قد رضي أن يحملها جميع الطريق بخمسة ، لأنا نقول : لما كان عقد الجعالة منحلا من جانب المجعول له بعد العمل ، فلما تركه بعد أن حمل نصف المسافة ، صار تركه له إبطالا للعقد من أصله .

الْعَمَلِ) نحوه فى المختصر ، بهرام : ولعله فيما لا يحصل للجاعل فيه نفع إلا بتمام العمل ، وإلا فمتى حصل له ذلك ، ولو لم يتم العمل ، فينبغي أن يكون له مقدار ماانتفع به انتهى مثال ذلك : إذا طلب الآبق فى ناحية ولم يجده بها ، فإنه وقع النفع للجاعل بذلك ، لأنه تحقق أنه لم يكن فى تلك الناحية . ومفهوم كلام الشيخ والمختصر : أنه إذا لم يتم العمل لا شيء له – وهو كذلك – لقوله تعالى : ﴿ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ ﴾ مفهومه : أنه إذا لم يأت به لا شيء له . ومن الشروط أن لا ينقد بشرط ، إذ قد لا يتم العمل فيكون تارة جعلا ، وتارة سلفا ، ويجوز النقد بغير شرط ، إذ لا محذور فيه .

(وَالْأَجِيرُ عَلَى الْبَيْعِ) بشيء معين (إِذَا تَمَّ الْأَجَلُ وَلَمْ يَبِعْ وَجَبَ لَهُ جَمِيعُ الْأَجْرِ وَإِنْ بَاعَ فِي نِصْفِ الْأَجَلِ فَلَهُ نِصْفُ الإِجَارَةِ) لأن الإجارة

قوله : (بهرام) – بفتح الباء وكسرها – قاله بعضهم .

قوله : (مثال ذلك إذا طلب) الخ ، ظاهر عبارة الشارح : أنه بستحق أجرة وإن لم يأت به ، ولا استأجر إنسانا على أن يأتي به ، وليس كذلك ، فإنه إذا لم يأت به لا يستحق شيئا ، ولو تحقق أنه لم يكن فى الناحية الفلانية . نعم إذا تعاقد مع آخر على أن يأتي به وينظر إليه فى بقية النواحي ، وأتى به ، يستحق بحسب فعله .

قوله : (أن لا ينقد بشرط) أى : لا يشترط النقد ولو لم ينقد بالفعل ، لما تقدم .

قوله : (والأجير على البيع) أى : على السمسرة لا على البيع ، وإلا لم يستحق أجرة إذا لم يبع ، ويدل عليه ما يأتى عن الفاكهانى ، قاله : **عج** .

قوله : (بشيء معين) المتبادر منه الأجرة ، ويحتمل أن يريد به المبيع ، أى : البيع المتلبس بشيء معين ، ويكون احترز به عما لو استأجره على بيع سلعة غير معينة شهرا – مثلا – وأحضر له شيئا ، فباعه قبل انقضاء الأجل ، فليأته بمتاع آخر يبيعه حتى ينقضى الشهر ، أو يدفع له جميع الأجر ، لأنه استأجره على عمله شهرا ؛ قال **عج** ثم إن تعيين المبيع يشمل تعينه بالشخص ، كبع لي هذا الثوب ، أو هذه الثياب ، أو بالعد : كبع لي ثوبين ، أو ثوبا ، وإن لم يعينها بالشخص . والثاني مستفاد من قول الشارح : مثاله الخ اهـ .

قوله : (وجب له جميع الأجر) أى : المشترط ، أو المعروف بحسب العادة ، لأن المستأجر قد استوفى ما استؤجر عليه ، وهو النداء على السلعة فى تلك المدة .

إذا تعلقت بمنافع كان كل جزء منها فى مقابلة جزء من المنافع ، مثاله : أن يستأجره على بيع ثوب بدرهم ، على أن يعرفه أربعة أيام ، فإن باعه فى اليوم الأول كان له ربع درهم ، وكذلك على التدريج إلى أن يستكمل الدرهم بتعريفه الأيام الأربعة ؛ وإن لم يبع بعد تعريفه الأيام الأربعة ، فله أحد الدرهم كاملا ، فإن قيل : قد تقدم أنه لا يضرب فى الجعل أجل ، وقال هنا : إذا تم الأجل ، فهذه مناقضة ؟ أجيب : بأنه لا مناقضة ، لأن ما قاله أولا فى الجعل ، وما قاله هنا فى الإجارة ، وهى لا تجوز إلا بضرب الأجل فيما لا تعرف غايته إلا بضرب الأجل ، قاله : ع (وَالكِرَاءُ) بالمد لا غير ، ع : يستعمل الكراء فيما لا يعقل ، والإجارة فيمن يعقل .

والكراء هو : بيع منافع معلومة بعوض معلوم ، أو ملك منافع معلومة بعوض معلوم (كالْبَيْعِ فِيمَا يَحِلُّ) يعنى من الأجل المعلوم ، والأجرة المعلومة (وَ) فِيما (يَحْرُمُ) يعنى من جهل الأجل ونحوه . واعترض قوله : كالبيع إلى آخره ، بمسألة من اكترى دابة بعينها على أن يقبضها إلى أجل ، فإن ابن القاسم قال فيها : إذا نقد الثمن لم يجز ، وإن لم ينقد جاز .

قوله : (على أن يعرفه) بدل من قوله : على بيع ثوب ، لأن الاستئجار على البيع ليس من حيث ذاته بل من حيث التعريف لأجل حصوله .

قوله : (وهى لا تجوز الخ) هذا من جملة مايفترق فيه الإجارة من الجعل ، وهو ثلاثة : **الثانى** لا يستحق أجرة إلا بتمام العمل بخلافها له بحساب ماعمل الثانى **الثالث** : عدم لزوم العقد بخلافها ، **تت** .

قوله : (بيع منافع الخ) لا يخفى أنه غير مانع لشموله الإجارة ، وكذا الذي بعده .

وقوله : (أو ملك) أنت خبير بأن الملك ثمرة المبيع ، فالأظهر التعريف الأول .

قوله : (واعترض قوله كالبيع الخ) بينه الأقفهسى بقوله : لأن فى البيع لايجوز فيه تأخير المعين إلى فوق ثلاثة أيام ، وأجاز فى الكراء تأخير الدابة المعينة إلى عشرة أيام ، أو أكثر ، إن لم ينقد اهـ واعترض أيضا : بأنه يجوز بيع الأرض بطعام ، وبما تنبته ، وإن غير خشب ، ولا يجوز كراؤها بشيء من ذلك سوى الخشب ، والحلفاء ، والحشيش . والجواب : أن وجود الشرط لايلزم منه ترتب الحكم ، إذ قد يكون مانع .

قوله : (على أن يقبضها إلى أجل الخ) أى : يجوز أن يكرى دابته المعينة على أن المكترى لايقبضها إلا بعد شهر ، ليستوفى منافعها .

ويؤخذ الفرق بين الكراء والإجارة من قوله : (وَمَنِ اكْتَرَى دَابَّةً بِعَيْنِهَا) مثل أن يقول له : اكر لي هذه الدابة ، ويعينها بالإشارة إليها ، لأسافر عليها (إِلَى بَلَدِ كَذَا) مثلا (فَمَاتَتْ) أو غصبت أو استحقت (انْفَسَخَ الكِرَاءُ فِيمَا بَقِيَ) وله بحساب ما سار من الطريق بقيمة أخرى ، ولا يلتفت إلى الكراء الأول ، لأنه قد

وقوله : (إذا نقد) أى : إذا اشترط النقد نقد بالفعل أو لا ، لا يقال : تعليل المنع للنقد وتردد المنقود بين السلفية والثمنية ، لا يفيد فساده إلا بالنقد بالفعل ، لأنا نقول : شرط النقد محمول على النقد بشرط فى فساد العقد ، وقيدنا بقولنا : شهرا لإفادة جواز ما دونه كالعشرة الأيام فأقل . هذا إذا كانت الدابة حاضرة ، وإلا فلا يجوز النقد فيها ؛ ومقابله لابن القاسم : يجوز ولو نقد .

قوله : (ويؤخذ الفرق الخ) وذلك أنه عبر فى الدابة بالاكتراء ، فدل على أن الاكتراء بيع منفعة الحيوان الذى لا يعقل ، وقال بعد : وكذا الأجير ، فعبر فى العاقل بالأجير ، فدل على أن الإجارة تتعلق بالعاقل ، فهى بيع منفعة حيوان يعقل .

قوله : (من اكترى دابة بعينها) احترز به من أن تكون مضمونة ، فإذا وقع العقد فى زمن إبان الكراء فلابد من تعجيل الكراء داخل الثلاثة الأيام ، أو الشروع فى المنفعة ؛ وأما لو وقع قبل الإبان فيكفى تعجيل نحو الدينار والدينارين .

قوله : (ويعينها بالإشارة) أى : فلابد فى كونها معينة من الإشارة إليها مع حضورها ، فالمضمونة هى التى لم تعين بهذا المعنى . بأن قال : أكترى منك دابة أو دابتك ، ولو كانت حاضرة ، ومشاهدة ، ولم يشر إليها . أو قال له : دابتك الفلانية البيضاء أو السوداء ، والحال أنه لا يعلم له سواها ، فلا تنفسخ الإجارة بموتها ، ويلزم المكرى أن يأتى للمكترى ببدلها .

قوله : (أو غصبت أو استحقت) أى : أورده التخوف من الطريق ، أو الوادى ، أو وجد بها عيبا ، مثل : أن يكون بها دبرة منتنة لا يتأتى له الركوب معها ؛ تحقيق .

قوله : (انفسخ الكراء الخ) ولكن يجوز له الرضا بالبدل إن لم ينقده ، أو نقد واضطر ، كما إذا كان فى مفازة وإلا فلا يجوز له الرضا بالبدل ، لأنه فسخ ما وجب له من الأجرة فى منافع يتأخر قبضها ؛ وهذه العلة توجد عند الضرورة ، إلا أن الضرورات تبيح المحظورات .

قوله : (بقيمة أخرى الخ) قال فى التحقيق : وعليه بحساب ماسار من الطريق ، ويعرف ذلك بالقيمة ، وذلك بأن تقوم المسافة كلها فيقال : بكم تكري هذه المسافة ؟

يرخص ، وقد يغلو . ومن قوله : (وَكَذَا الْأَجيرُ) إجارة ثابتة فى عينه مدة معلومة على خدمة بيت ، أو رعاية غنم (يَمُوتُ) فى أثناء المدة ، حكمه حكم الدابة المعينة تنفسخ الإجارة فى باقى المدة ، وقيدنا بثابتة فى عينه ، احترازا مما لو كانت مضمومة فى ذمته ، فلا تنفسخ الإجارة بموته ، بل يؤاجر على تمام المدة من تركته (وَ) كذا (الدَّارُ تَنْهَدِمُ) كلها ، أو جلها ، أو ما فيه مضرة كبيرة ، أو أحرقت ،

فيقال : بعشرة دنانير ، ثم يقال : ماقيمة هذا الذى سار منها ؟ فيقال خمسة دنانير ، فتنسبها من العشرة فتجدها نصفا ، فيرجع على المكترى بنصف الكراء ، وكذا فى تت ، وهو ظاهر ، إلا أن قول الشارح : وله بحساب ماسار من الطريق بقيمة أخرى ، الخ ، ينافيه فإنه يقتضى الإعراض عن الكراء الأول رأسا ، ويلتفت إلى قيمة أخرى وهو غير ظاهر .

وقوله : (لأنه قد يرخص الخ) أى : لأن الكراء الأول قد يكون أرخص من القيمة ، وقد يكون أزيد ، فلذلك لم يلتفت له . فتدبر .

قوله : (يموت الخ) أى : أو يحصل له مايمنع الاستيفاء منه فى أثناء المدة .

قوله : (بل يؤاجر الخ) أى : فيجب على المتولي أمر التركة أن يستأجر منها من يتم العمل .

قوله : (وكذا الدار تنهدم) أى : المعينة .

قوله : (أو مافيه مضرة كبيرة) أى : أو يحصل مافيه مضرة كبيرة ، أى : غير المعطوف والمعطوف عليه ، كهطل ، أى : بأن صار يتتابع المطر منها ، ولكن المشهور : أنه فى هذه يخير بين فسخ الكراء عن نفسه ؟ ويدفع من الكراء بحسب ماسكن ، وبين أن يستمر ساكنا ويدفع جميع الكراء ، ولا رجوع له بقيمة العيب ، وبقى ما إذا نقص من قيمة الكراء ولا يضر بالساكن ، فلا يثبت به خيار للمكتري ويلزمه السكنى ، ويحط عنه من الكراء بحسب النقص .

فالحاصل : أن الحادث فى الدار على أربعة أقسام ، رابعها : ما أشار إليه الشارح بقوله كالشرافات .

تنبيه : لم يعلم من كلامه : حكم ما لو طلب المكترى من صاحب الدار أن يصلحها له بعد حصول انهدامها ؟ والحكم عدم الجبر ، ولو كان الانهدام يضر بالساكن ، وخيرته تنفى

أو استحقت (قَبْلَ تَمَامِ مُدَّةِ الكِرَاءِ) ظاهره : سواء كانت المدة مشاهرة ، أو مساناة ، فإنها تنفسخ ، ويعطى بحساب ما سكن ؛ وقيدنا بكلها أو جلها احترازا مما لو انهدم منها مالا يضر بالمكترى ، ولا ينقص من كرائها ، كالشرافات فإنه كالعدم ، ولا قيام للمكترى به .

(وَلَا بَأْسَ بتَعْلِيمِ المُعَلِّمِ عَلَى الحِذَاق) – بكسر الحاء المهملة وفتح الدال

ضرره ، فإن أصلحها المكترى من عنده بغير إذن ربها ، فيحمل على التبرع ، وله قيمة بنائه منقوضا ، أو يأمره بأخذ أنقاضه إلا أن يكون المحل وقفا ، فيلزم المكرى الإصلاح لحق الوقف ، وإن أصلحها المكترى من ماله ، كان له الرجوع بقيمة بنائه قائما ، ولو لم يأذن له الناظر حيث أصلح مايحتاج للإصلاح ، لأنه قام عنه بواجب ، وينبغى أخذ النفقة من فائض الوقف ، وإلا فمن غلته المستقبلة .

قوله : (مشاهرة) أى : كل شهر بكذا .

وقوله : (أو مساناة) أى : ككل سنة بكذا ، ومثل ذلك : مياومة ككل يوم بكذا . وضابط ذلك ما كانت المدة فيه غير معينة ، والكراء فيه غير لازم إلا بقدر مانقد ، ومقابل ذلك الوجيبة ، وهي : ما كانت المدة فيه محدودة كسنة كذا ، والكراء فيها لازم ، وإن لم ينقد ، وظاهر الشرح عدم انفساخ الكراء فيها ، وليس كذلك ، فلو قال وظاهره سواء كان الكراء وجيبة أو مشاهرة ، ويراد بالمشاهرة ما كانت المدة فيها غير محدودة ولو لم تكن بلفظ شهر ، لكان أحسن .

قوله : (فإنها تنفسخ) أى : فإن المدة تنفسخ ، أى : الكراء فيها .

قوله (كالشرافات) أى : إذا كانت الشرافات لا تنقص ، لأن من الشرافات ما ينقص هدمه ، فإن أنفق على الشرافات التى لا تنقص شيئا من عنده ، فإنه يكون متطوعا بذلك ولا شيء له ، إلا أن يأخذ النقص فله أخذه إن كان ينتفع به .

قوله : (بتعليم المعلم) أى : القرآن بأجرة على الحداق ، أى : على الحفظ للقرآن ، أو شيء منه غيبا ، أو فى المصحف .

قوله : (وفتح الدال المهملة) المفهوم من كلام ك ، ومن الصحاح ، والقاموس ، أنه بالمعجمة ، وما قاله الشارح هنا : أنه بالمهملة ، تابع فيه للشيخ زروق وهو غريب . قال الحطاب : ولم أره لغيره . وعبارة الصحاح : حذق الصبى القرآن والعمل يحذقه حذقا ، وحذقا ، وحذاقة ، وحذاقا إذا مهر فيه . وحذق – بالكسر – حذقا لغة فيه اهـ .

المهملة وهو أن يحدق المعلِّم القرآن ، أي : يحفظه ، واستعمل لا بأس هنا كالمدونة للإباحة ، والمعنى أنه يجوز لمعلم القرآن أن يجاعل على تعليم الصبيان حتى يتحدقوا وهذا هو المشهور ، لما صح من قوله صلى الله تعالى عليه وآله وسلم : « إِنَّ أَحَقَّ مَا أَخَذْتُمْ عَلَيْهِ أَجْرًا كِتَابُ : ٱللّهِ تَعَالَى » (١) وأجمع أهل المدينة عليه ، فإن قيل كره مالك أخذ الأجرة على تعليم الفقه ، فما الفرق ؟ قيل : الفرق أن القرآن حق لا محالة ، فجاز أخذ الأجرة عليه ، بخلاف مسائل الفقه فإنها مظنونة يجوز فيها الخلاف ، فكره أخذ الأجرة عليها لذلك ، وكذلك يكره أخذ الأجرة على تعليم النحو والأصول ونحوهما .

(وَ) كذلك (لَا) بأس (بِمُشَارَطَةِ) أي : بمجاعلة (الطَّبِيبِ عَلَى الْبُرْءِ)

قوله : (أن يحدق المعلم) من باب ضرب ، والمعلم بفتح اللام فاعل يحدق .

وقوله : (أى يحفظه) أى : كلا أو بعضا ، وكذا تجوز الإجارة على تعليم القرآن مشاهرة ، أى قراءته فى المصحف من غير حفظ ، ولا يجوز الجمع بين المشاهرة والحداق على المشهور .

قوله : (حتى يتحدقوا) بياء وتاء فيما وقفت عليه من نسخ هذا الشارح ، والمناسب حتى يحدقون بحذف التاء من باب ضرب .

قوله : (هذا هو المشهور) وقال ابن الحاجب : لايجوز على التعليم إلا مدة معلومة مشاهرة أو غيرها .

قوله : (كتاب الله) أى : تعليم كتاب الله .

قوله : (قيل الخ) وأيضا تعليم الفقه بأجرة ليس عليه العمل بخلاف القرآن وأيضا أخذ الأجرة على تعليمه إلى تقليل طالبه .

قوله : (على تعليم النحو) وأما الأخذ على تعليم علم الفرائض كالمناسخات فهو جائز .

قوله : (أى بمجاعلة) صريح فى كونها جعالة ، فينافي التمثيل ، فإن المثالين من باب الإجارة لا الجعالة فجعلها جعالة تسمح .

وقوله : (حتى يبرأ) أى : علاجه حتى يبرأ .

---

(١) انظر ص ٣٩٤ .

حتى ذكرناها فى الأصل ، منها ماهو متفق على جوازه ، مثل : أن يؤاجره على أن يداويه مدة معلومة بأجرة معلومة ، والأدوية من عند العليل . ومنها ماهو مختلف فيه ، مثل : أن يؤاجره مدة معلومة ، والأدوية من عند الطبيب (وَلَا يَنْتَقِضُ) بمعنى لا ينفسخ (الكِرَاءُ بِمَوْتِ الرَّاكِبِ أَو السَّاكِنِ) لأن عين المستأجر باقية ، وتكرى الورثة من هو مثله أو دونه (وَ) كذلك (لَا) ينتقض الكراء (بِمَوْتِ غَنَمِ الرِّعَايَةِ) وليأت بمثلها ، **ك** : قال بعض أصحابنا ظاهر الرسالة : أنه يأتى

قوله : (مثل أن يؤاجره على أن يداويه الخ) فإن تمت المدة وبرئ أو لم يبرأ ، فله الأجرة كلها ، وإن برئ فى نصف الأجل فله نصف الأجرة ، ولا يجوز شرط النقد لاحتمال البرء أثناء المدة فيكون سلفا .

قوله : (ومنها ماهو مختلف فيه) بالجواز وعدمه ، وحكم هذه كالأولى إن تمت المدة وبرىء أو لم يبرأ فله الأجرة ، وإن برىء فى نصف الأجل فله نصف الأجرة ؛ **قلت** : والظاهر من القولين الجواز ، إذ غاية مافيه اجتماع بيع ، وهو : ثمن الدواء وإجارة وهو جائز . ومن المختلف فيه ما إذا قال له : أعاقدك بكذا على علاج هذا المريض حتى يبرأ ، فإن برىء كان له الجعل ، وإن لم يبرأ فلا شىء له ، والدواء من الطبيب فقيل : يجوز ، وقيل : لا — لما فيه من الغرر — وبقيت مسألة المناسب ، خل المصنف بها ، كما فعل بعض ، وإنما كان المناسب ، لأن المتبادر من قوله : على البرء ، أنه لا يستحق شيئا إلا بالبرء ، وهي ما إذا عاقده على البرء بأجرة معلومة ، فإذا برئ المريض أخذها الطبيب ، وإلا لم يأخذ شيئا ، والدواء من عند العليل ، فهو جائز لأنه لا يجوز كونه من عند الطبيب على أنه إن برئ العليل يدفع الأجرة وثمن الدواء ، وإن لم يبرأ يدفع قيمة الدواء ، ولم يجز ، لأدائه إلى اجتماع جعل وبيع .

قوله : (بموت الراكب) أو تعذره لسفينة أو دابة ، ولو كان الراكب عروسا تزف على المركوب فى زمن غير معين ، وأما فى زمن معين لم يلزم الكراء ، إن كان التأخير لمرض أو عذر ، والإلزم الكراء والمكترى أن يكريها فى مثله .

قوله : (وتكرى الورثة) أى : ويجوز للورثة أن تكرى . فتأمل .

قوله : (بموت غنم الرعاية) ليس بشرط ، وكذا إذا آجره على رعاية البقر ، أو الإبل ، أو الخيل ، أو البغال ، أو الحمير ، أو الأوز ، أو الدجاج ، أو غيرها ؛ الحكم كما قال .

قوله : (وليأت بمثلها الخ) فإن لم يأت دفع جميع الأجر .

بمثلها وإن لم يشترط خلفها ، وهو قول سحنون ، وعن ابن القاسم ، أنه لا يلزمه أن يأتي بمثلها حتى يشترط ، وهو نص له فى الجعل والإجارة من المدونة .

(وَمَنِ اكْتَرَى كِرَاءً مَضْمُونًا) مثل أن يقول له : اكرلى دابة لأحمل عليها

وقوله : (وعن ابن القاسم الخ) أى : فإذا لم يأت بالخلف لا يلزمه دفع جميع الأجر ، وهذا الخلاف فى المعينة ، والراجح كلام ابن القاسم إلا أن فى كلام الشارح شيئا ، وهو : أن قضيته أنه لا يشترط فى جواز العقد عليها شرط الخلف ، وأن شرط الخلف إنما هو للزوم الخلف ، وليس كذلك بل لا يجوز العقد على رعاية الغنم المعينة ، إلا إذا شرط الخلف ، وإلا فسد كما تفيده المدونة ، ومثله فى المختصر الخ .

وحاصل المسألة : أنه لا يجوز العقد على رعاية غنم معينة إلا بشرط : أن كل مامات - مثلا - يخلفه ربه وإلا فسخ ، وكان له أجر مثله حيث اطلع بعد فراغ المدة ، وأما غير المعينة كأن يتعاقد معه على رعاية عشرين نعجة - مثلا - فلا يشترط الخلف ، ويدفع ربها جميع الكراء ، أو يأتي بالخلف .

وقوله : (بمثلها) أى : فلا يلزمه إذا أتى بغيره ، كأن أتى بمعز لما فى رعيها من المشقة ، ولا يلزمه رعي الأولاد إلا لعرف ، وحيث انتفى لزم ربها الإتيان براع لها ، ورعاها وجوبا مع الأمهات ، لأن رعيها بدون أمهاتها يتعب راعي الأم ، فلو لم يعين أشخاصا ، ولا عددا كأن ترعى لي غنما ، فجائز ، وأتى له بما يقدر على رعيه ، لأنه ملك جميع منفعته .

وليس للراعى أن يرعى معها غيرها ولو قدر ، فإن فعل كان الأجر لرب الغنم ، وكذا فى المعينة عند شرط أن لا يرعى معها غيرها ، وإلا فله رعى الغير ولو بشريك .

ولا يجوز للراعى أن يأتى ببدله حيث كان معينا إلا بشرط أو عرف كغير المعين ، ولا ضمان ولو بشرط حيث ماتت أو سرقت إلا لتقصير وقبل قوله بيمين ، فيما إذا ذبح منها وادعى خوف موته ، وهذا فى راع كلف وإلا فلا ضمان عليه .

قوله : (كراء مضمونا) هو ما قابل المعين ، ولابد من بيان الجنس ، والنوع ، والذكورة ، والأنوثة ، فى المضمونة حتى يصح .

كذا إلى موضع كذا (فَمَاتَتْ الدَّابَّةُ فَلْيَأْتِ بغَيْرِهَا) لأن المنافع مستحقة فى الذمة ، وليست متعلقة بهذه العين . وقوله : (وَإِنْ مَاتَ الرَّاكِبُ لَمْ يَنْفَسِخ الكِرَاءُ) مكرر ، كرره ليرتب عليه قوله : (وَلْيَكْتَرُوا مَكَانَهُ غَيْرَهُ) يعنى : أن من اكترى دابة ونقد كراها ، ثم مات ، لم ينفسخ الكراء بل تكرى ورثته ، أو من يقوم مقامهم ، الدابة لمن هو مثله فى القدر والحال ، ولا يكرونها لمن هو بَادِنٌ أعظم ممن مات عنها . ج : وإن مات عنها رجل فلا يكرونها إلا لرجل لأن الغالب أن المرأة

قوله : (وليست متعلقة بهذه العين) إلا أن المكرى إذا أتى بدابة للمكترى وركبها ، لا يجبر على قبول غيرها ، لأنه بركوبه عليها استحق منفعتها حتى لو فلس المكرى بعد قبضها ، يكون المكترى أحق بها إلى تمام المدة لأنها صارت كالمعينة بركوبه عليها .

قوله : (كرره ليرتب) قال فى التحقيق : ويحتمل أنه إنما تكلم أولا على الدابة المعينة وهذه فى المضمونة .

قوله : (وليكتروا) صوابه ليكروا كما قاله : تت .

قوله : (دابة) أى : أو سفينة .

قوله : (أو من يقوم مقامهم) وهو الحاكم عند فقدهم .

قوله : (لمن هو مثله) وأولى دونه .

قوله : (والحال) عطف مرادف .

قوله : (هو بادن) أى عظيم البدن لكثرة لحمه ، ويشترك فيه المذكر والمؤنث ، والجمع بدن ، مثل راكع وركع .

وقوله : (أعظم) بالرفع صفة لبادن ، أو حال من ضميره احترز عن بادن مثله ، أو دونه ، فيجوز .

قوله : (وإن مات عنها رحل فلا يكرونها إلا لرجل) ظاهره ، ولو كانت المرأة نحيفة جدا ، والرجل بادنا جدا . وانظره .

ثم اعلم : أنه لا يلزم تعيين الراكب عند عقد الكراء ، بل يصح عقد الكراء مدة على حمل آدمى ولم يلزمه الثقيل ، ولا المريض ، ولا معروف بكثرة نوم ، أو بعقر الدواب . فإذا وقع العقد على حمل آدمى ، وأتى له بامرأة لزمه حملها حيث لم تكن ثقيلة ، وأما على حمل رجل فلا يلزمه المرأة بخلاف العكس ؛ فقول الشارح : وإن مات عنها رجل ، يحمل على ما إذا كان وقع عقد الكراء على رجل .

أثقل على البهيمة لرخو عضوها ، وكذلك الميت (وَمَنِ أَكْتَرَى مَاعُوناً) كالفأس (أَوْ غَيْرَهُ) كالثوب والدابة (فَـا)ـإنه (لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي هَلَاكِهِ بِيَدِهِ وَهُوَ مُصَدَّقٌ) فى تلفه على المشهور ، لأنه مؤتمن على مااستأجره (إِلَّا أَنْ يَتَبَيَّنَ كَذِبُهُ) فلا يصدق ، ويضمن ، مثل أن يقول : هلكت أول الشهر ، ثم ترى بعد ذلك عنده ، ومفهوم بيده : أنه لو أخرجه عن يده ، فهلك فى يد الغير يضمن

تنبيه : قال : **تت** : وعلى المكرى تسليم ما العادة تسليمه معها من إكاف ، وبرذعة ، وحزام ، سرج فى الفرس ، وغير ذلك من المعتاد ، لأن العرف كالشرط .

قوله : (كالفأس) الماعون اسم جامع لمنافع البيت ، كقدر ، وفاس ، وقصعة ، ومنخل ، وقفة ، ونحوها .

وقوله : (فى تلفه) أى : أو ضياعه لأنه أمين .

قوله : (على المشهور) وقيل لا يصدق ، وعلى تصديقه فهل بيمين أو لا أو يحلف المتهم دون غيره ؟ وهو قول ابن القاسم ، أقوال : **تت** : وظاهر كلام بعضهم ترجيحه ، وإذا ادعى ضياعه قبل الانتفاع به تسقط عنه الأجرة ، قال ابن القاسم : لا يصدق ، والكراء لازم له إلا أن يقيم بينة على ما ادعاه ، وهو الراجح . وقال سحنون : يصدق ، ويصدق فى الضياع كالرد إذا قبضه بغير بينة .

قوله : (أنه لو أخرجه عن يده) أى : بأن أكراه المكترى لغيره ، وادعى تلفه ، فإنه يضمنه إن أكراه لغير أمين بخلاف ما لو أكراه لمن هو مثله فى الأمانة ، فلا ضمان على واحد منهما .

وحاصل المسألة : أنه يضمن إذا أكرى لغير أمين ، أو لمن هو أثقل منه ، أو أضر ، وهو مساو له فى الثقل ، أو دونه ، أو لمن هو دونه فى الأمانة ، وإذا أكرى لغير أمين ، فلرب الدابة أن يضمن المكترى الثانى أيضا حيث لم يعلم ، وكان التلف بسببه عمدا أو خطأ على أحد قولين فى المكترى من العاصب ، وكان غير عالم وكذا إن علم بالتعدى ولو كان التلف بسماوى ، فإن لم يعلم بالتعدى ، ولم يكن التلف من سببه ، فإن علم بأنها فى يد من أكراها بكراء ، فله أن يرجع عليه أيضا فى عدم المكترى الأول ، وأما إن اعتقد أنها ملكه ، أو لم يعتقد شيئا ، فلا رجوع عليه بحال ؛ وحكم الإقدام على الإكراء للغير من غير إذن ربه الجواز إذا كان دارا ، والمنع إذا كان ثوبا ، وخلاف فى الدابة ، والمشهور الجواز ، فلا ضمان عليه .

(وَالصُّنَّاعُ) الذين نصبوا أنفسهم للصنعة التى معاشهم منها كالخياطين (ضَامِنُونَ لِمَا غَابُوا عَلَيْهِ) أيْ : ضامنون قيمته يوم القبض ، ولا أجرة لهم فيما عملوه فى بيوتهم أو حوانيتهم (عَمِلُوهُ بأَجْرٍ أَوْ بغَيْرِ أَجْرٍ) وبهذا قضى الخلفاء الأربعة ، ولم ينكر عليهم أحد . فكان ذلك إجماعا ، ولأن ذلك من المصلحة العامة ، لأنهم لو لم يضمنوا ويصدقوا فيما يدعون من التلف ، لسارعوا إلى أخذ أموال الناس ، واجترؤوا على أكلها .

ذكر أبو المعالى : أن مالكا كثيرا ما يبنى مذهبه على المصالح ، وقد قال : إنه يقتل ثلث العامة لإصلاح الثلثين . المازرى : وما قاله أبو المعالى عن مالك صحيح .

قوله : (نصبوا أنفسهم للصنعة) أى : لعامة الناس ، فلا ضمان على الصانع الخاص لجماعة .

قوله : (ضامنون لما غابوا عليه) أى : من مصنوعهم ، احترازا من غيره ، كظرف المصنوع كقفة الطحن ، وجفير السيف يدفع مع السيف ، ثم يدعى ضياع ما ذكر ، فيضمن القمح ، والسيف ، دون القفة والجفير ، ولو كان المصنوع يحتاج لها .

وقوله : (لما غابوا عليه) أى : وهو مما يغاب عليه ، ولم يكن فى الصنعة تغرير ، وإلا فلا ضمان ، فإذا دفع شخص غلامه لمن يعلمه ، وقد نصب نفسه لذلك ، وغاب عليه وادعى هروبه ، لم يكن عليه ضمان ، أو كان فيها تغرير كثقب اللؤلؤ ، ونقش الفصوص ، وتقويم السيوف ، وحرق الخبز عند الفران .

قوله : (ولا أجرة لهم) أى لأنهم يضمنون قيمته غير مصنوع يوم دفعه ، قال فى الموازية : ليس لربه أن يقول : أنا أدفع الأجرة وآخذ قيمته معمولا ، قال ابن رشد : إلا أن يقر الصانع أنه تلف بعد العمل .

قوله : (فكان ذلك إجماعا) أى : سكوتيا .

قوله : (واجترؤوا على أكلها) بمعنى ما قبله .

قوله : (أبو المعالى) هو عبد الملك إمام الحرمين ، والمعالى - كما فى المصباح - جمع معلاة - بفتح الميم - مكسب الشرف .

قوله : (أنه يقتل ثلث العامة الخ) أى : من المسلمين ، ومحله عندنا على أن الجميع

وظاهر كلام الشيخ : أنهم ضامنون ولو قامت بينة على هلاكه ، وهو كذلك عند أشهب خلافا لابن القاسم ؛ وظاهره أيضا : أنهم ضامنون ولو شرطوا عدم الضمان ، وهو كذلك عند ابن القاسم خلافا لأشهب ؛ وظاهر قوله : (لَمَّا غَابُوا عَلَيْهِ) أنهم لو عملوه فى بيت رب السلعة ، أو كان ربها ملازما لهم ، لا ضمان عليهم وهو كذلك (وَلا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِ الحَمَّامِ) ج : ظاهر كلامه : أنه المكرى ، لا حارس الثياب ، وما قاله صحيح إلا أن يفرط . ابن عبد السلام : ولا أعلم فيه غير ذلك . وقرر ع و ق كلامه بعكس هذا ، ولفظ الأول : صاحب

مفسدون بارتكاب أمر لا يحل ، ولكن لا يوجب القتل كالسرقة ونحوها من تخريب أماكن الناس ، ولا يحصل انزجارهم لا بحبسهم ولا بضربهم ، إلا بقتل ثلثهم ، هذا محل الجواز . قال بعض الشراح للعلامة خليل : ثم الظاهر أن الإمام أو نائبه يخير فى تعيين الثلث من جمع المفسدين مع نظره بالمصلحة فيمن هو أشد فسادا من غيره ، ثم قال : وانظر لو كان لا يحصل إصلاح المفسدين ، إلا بقتل أكثر من ثلث المفسدين ، والظاهر عدم ارتكابه صوناً للدماء اهـ .

قوله : (خلافا لابن القاسم) كلام ابن القاسم هو المعتمد ، فإنه يقول : لاضمان حينئذ ولا أجرة أيضا ، لأنه لا يستحقها إلا بتسليم المتاع لربه ، وهو منتف ههنا .

قوله : (ولو شرطوا عدم الضمان) أى : ويفسد العقد بالشرط المذكور ، لأنه شرط مناف لمقتضى العقد ، إلا أن يسقطه .

قوله : (وهو كذلك عند ابن القاسم) وهو الراجح .

قوله : (لو عملوه فى بيت رب السلعة) أى : ولو بغير حضرته .

والحاصل : أن الضمان مشروط بالغيبة عليه ، وكونه مما يغاب عليه ، وألا تقوم بينة على ما ادعاه ، وأن ينصب نفسه للصنعة العامة ، وألا يكون فى الصنعة تغرير . وبقي شرط وهو : ألا يكون الصانع أحضره لربه مصنوعا على الصنعة المطلوبة ، ويتركه ربه اختباراً . فيضيع ، وإلا فلا ضمان حيث كان الإحضار بعد دفع الأجرة ، لأنه صار كالوديعة بخلاف ما لو أحضره على غير الصفة ، أو ادعاه لأخذه من غير إحضار ، أو أبقاه عنده حتى يقبض أجرته ، فيضمنه .

قوله : (وقرر ابن عمر) ماقرر به ابن عمر هو الموافق لما فى المختصر ، والمدونة ، قاله فى التحقيق .

الحمام حارس الثياب سواء كان يحرسها بأجرة ، أو بغير أجرة ؛ وهذا إذا سرقت ، أو تلفت بأمر من الله تعالى ، وأما إذا قال : جاء رجل يطلبها فظننت أنه صاحبها فأعطيتها له ، فإنه يضمن ؛ وكذا إذا قال : رأيت من أخذها فظننت أنه صاحبها . وقال ابن المسيب : يضمن صاحب الحمام ، وهي قولة لمالك ، وبه قال أبو حنيفة ، والمشهور : أنه لا يضمن اهـ (وَ) كذا (لَا ضَمَانَ عَلَى صَاحِبِ السَّفِينَةِ) إذا غرقت من مد ، أو علاج ، أو موج ، أو ريح ، يريد إلا فيما حمل من الطعام والإدام ، فإنه يضمن إلا أن تقوم بينة على هلاكه من غير سببه ، أو يصحبه ربه

قوله : (سواء كان يحرسها بأجرة) كان الحارس أجنبيا ، أو كان رب الحمام ، ومثل حارس الحمام غيره من حارس الكروم ، والدور وغيرها ؛ فالخفراء فى الحارات ، والأسواق ، لاضمان عليهم ، ولو كتب بذلك حجة ، لأن ذلك من التزام مالا يلزم ، حيث لم يفرطوا وإلا ضمنوا ، كذا قال جد **عج** ، وأما **عج** فكان يقرر ما نقله **تت** فى شرح خليل : من أن المصالح العامة الآن تضمين الخفراء .

قوله : (فإنه يضمن) . وكذا لو رهن ثيابه على الأجرة وضاعت ، فإنه يضمن ضمان الرهان ، قاله **عج** . وظاهر كلام ابن عمر : أن له الأجرة حتى فى حالة عدم الضمان اهـ وعليه ، فانظر ما الفرق بين هذه وبين مسألة الصناع حيث لم يضمنوا ؟ كما سبق ؟ تأمل . ولعله لانتفاع المغتسل هنا بالماء وما يوارى العورة ، إذ الأجرة إنما هى فيما يقابل ذلك ، لافى الحراسة ؟ بل ولو جعل له الأجرة على حراسته اهـ كذا قرره بعض الشيوخ .

تتمة : كل من قيل بضمانه من صانع ، أو حارس ، أو مستعير ، أو مدعى عليه سرقة ، إذا غرم قيمة ما ضمنه ، ثم وجد بعد ذلك فهو له لا لصاحبه ، إلا أن يوجد عنده ، ووجه ذلك أنه يغرم قيمة ملكه على تقدير وجوده .

وقوله : (والمشهور أنه لا يضمن) أى : وهو الذى ذكره المصنف بقوله ولا ضمان .

قوله : (على صاحب السفينة) المراد به مايشمل النوتى الذى يخدم فيها ، أى : لا يضمن المال ولا النفس إذا غرقت بفعل سائغ ، وإلا ضمن المال ، والدية فى ماله ، هذا حيث لم يقصد قتلهم ، وإلا قتل بهم .

قوله : (من مد) أى : زيادة البحر .

قوله : (إلا فيما حمل الخ) هكذا قال ابن عمر ، وابن ناجى ، لكن ظاهر المؤلف ، والمدونة ، والمختصر : أنه لا فرق بين الطعام وغيره ، كما قال **تت** ، وهو المعتمد .

فلا ضمان (وَلَا كِرَاءَ لَهُ) أى : لصاحب السفينة (إِلَّا عَلَى الْبَلَاغِ) هذا هو المشهور ، لأن الإجارة فى السفن جارية مجرى الجعل ، فإذا لم يحصل الغرض المطلوب لم يستحق الأجرة ؛ وقيل : له من الأجرة بحساب ماسار ، واستظهر ، لأن رد الكراء إلى الإجارة أولى من رده إلى الجعل ، لأن الغاية معلومة ، والأجرة معلومة فيكون له بحساب ماسار .

ثم انتقل يتكلم على الشركة فقال : (وَلَا بَأْسَ بِالشَّرِكَةِ بالْأَبْدَانِ) بعضهم : لم يثبت فيها إلا كسر الشين وسكون الراء ، وخالف بعضهم ، وهى : إذن كل واحد من الشريكين لصاحبه فى أن يتصرف مع نفسه ، ولا بأس هنا للإباحة ، دليلها ما فى الصحيح : (أَنَّ زُهْرَةَ بْنَ مَعْبَدٍ كَانَ يَخْرُجُ بِهِ جَدُّهُ فَيَشْتَرِي الطَّعَامَ فَيَلْقَاهُ

قوله : (فإذا لم يحصل الغرض) أى : إذا غرقت فى أثناء الطريق ، وغرق جميع ما فيها من طعام وغيره ، فلا كراء لربها . وأما لو غرق البعض ، وسلم البعض الآخر ، واستأجر ربه عليه ، فإن للأول كراء مابقى إلى محل الغرق على حسب الكراء الأول لا بنسبة الثانى ، وليس له كراء ماذهب بالغرق . وأما لو غرقت بعد وصولها إلى المحل المخصوص ، فإن كان بعد ماتمكن رب الشىء من إخراج مافيها ، فإنه يلزمه جميع الكراء ، وإلا لم يلزمه شىء .

قوله : (وقيل الخ) ، موضوع القولين : إنها غرقت كلها — كما يعلم من التحقيق — والأول مذهب المدونة ، والثانى قول ابن نافع .

قوله : (إذن كل واحد من الشريكين) الأولى الشخصين ، وإلا لزم الدور ، لأن شريكين مأخوذ من الشركة ، فقوله : إذن كل واحد من الشخصين لصاحبه ، أخرج الوكالة ، والقراض .

وقوله : (مع نفسه) أخرج القراض من الجانبين ، كقول كل واحد لصاحبه : تصرف فى هذا المال وحدك على أن الربح لى ولك بشرط ألا أتصرف معك ، ويقول له الآخر : تصرف فى هذا المال لي ولك والربح بيننا ولا أتصرف معك ، فإنه يصدق عليه أنه إذن كل واحد من الشخصين لصاحبه فى أن يتصرف ، لكن ليس مع نفسه فتدبر .

قوله : (زهرة) قال فى التقريب : بضم أوله .

قوله : (ابن معبد) بفتح الميم والموحدة ، بينهما عين مهملة ساكنة .

قوله : (جده) هو عبد الله بن هشام .

ابْنُ عُمَرَ وَابْنُ الزُّبَيْرِ – رضى الله عنهم – فَيَقُولَانِ لَهُ أَشْرِكْنَا فَإِنَّ النَّبِىَّ ﷺ ، قَدْ دَعَا لَكَ بِالْبَرَكَةِ فَيشْرَكُهُمَا فَرُبَّمَا أَصَابَ الرَّاحِلَةَ كَمَا هِىَ فَيَبْعَثُ بِهَا إِلَى المَنْزِلِ) [1] وأجمع الناس على جوازها من حيث الجملة ، والمشهور : أنها عقد لازم بالعقد كسائر العقود ، وقيل لا تلزم إلا بالخلط ، وظاهر كلام غير واحد أنه المشهور ، وجمع بعضهم بأن من قال بالأول ، أراد : ليس لأحدهما الرجوع بعد العقد ، ومن قال

وقوله : (فيقولان له) أى : لجده الذى هو عبد الله بن هشام .

وقوله : (أشركنا) بقطع الهمزة مفتوحة وكسر الراء ، أى : اجعلنا شريكين لك فى الطعام الذى اشتريته .

قوله : (دعا لك) أى : لأن أمه زيب بنت حميد ذهبت به إلى رسول الله ﷺ فقالت : يارسول الله بايعه ، أي عاقده على الإسلام ، فقال عليه السلام : هُوَ صَغِيرٌ ، فَمَسَحَ رَأْسَهُ وَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ .

فقوله : (بالبركة) أى : فى مالك ، وأحوالك ، وأعمالك .

وقوله : (فيشركهما) بفتح الياء والراء .

وقوله : (أصاب) أى : من الربح ، وربما يحتمل أنها للتقليل ، ويحتمل أنها للتكثير ، والثاني أشبه بالسياق ؛ والراحلة البعير القوي المختار للركوب الذكر أو الأنثى ، فهاؤها للمبالغة .

وقوله : (كما هى) أى : جميعها ، ثم يحتمل المراد نفسها ، أو محمولها ، وعلى كل فهو شيء كثير ، أو أنه كان من جملة ماحصل له من البركة ، أنه كان يحصل له ، أو كثيرا ما يحصل له ، في الصفقة الواحدة ما يساوى الشيء الكثير جدا ، وهو قيمة تلك الراحلة أو محمولها بل أو هما معا بل هذا هو الأكثر بتلك الدعوة الصادرة من ذلك الفيض الواسع ؛ من شرح المشكاة لابن حجر .

تنبيه : هذا الحديث يدل على الشركة المقابلة للإقالة والتولية ، لا الشركة المبوب لها المعرفة بما ذكره الشارح .

قوله : (من حيث الجملة) أى : لأنها قد يعرض لها الوجوب . مثلا .

قوله : (والمشهور الخ) هذا ظاهر في شركة الأموال فقط .

---

(١) البخارى بفتح البارى : ١٣٦/٥ وفى غيرها من المواضع .

بالثانى ، أراد : أن الضمان لا يكون منهما حتى يحصل الخلط .

وأركانها ثلاثة : **الأول** : العاقدان ، ويشترط فى كل منهما أن يكون ممن يصح منه التوكيل لغيره ، لأنه أذن لغيره فى التصرف في ماله ، وأن يكون كل منهما ممن يصح أن يكون وكيلا ، لأنه متصرف مع غيره ، فكل من جاز له أن يوكل ويتوكل جاز له أن يشارك ، ومن لا يجوز له ذلك فلا يجوز له مشاركة ، كالعبد غير المأذون له ، وغيره من المحجور عليهم .

قوله : (حتى يحصل الخلط الخ) هذا الجمع هو المعتمد .

قوله : (وأركانها الخ) أراد بالركن ما يتوقف عليه وجود الشيء ، ولا يخفى أن تلك الأركان إنما هى ظاهرة فى شركة الأموال . فتدبر .

قوله : (مع غيره) الأولى أن يقول لغيره .

قوله : (فلا يجوز له مشاركة كالعبد) أى : ولا يصح مشاركة عبد غير مأذون ، ولا صبى ، ولا سفيه ، لعدم صحة توكيل المحجور عليه ، كتوكله على إحدى طريقتين مرجحتين ؛ ويستثنى من المحجور الزوجة ، فلها أن توكل فى لوازم عصمتها .

وأورد شركة العدو لعدوه ، وشركة الذمي لمسلم ، لصحة شركتهما على المعتمد مع عدم صحة توكل العدو على عدوه ، والكافر على المسلم ، وإن كانا من أهل التوكيل ، لكن جوازها فى الأول بلا قيد ، وفي الثاني بقيد حضور المسلم لتصرف الكافر ، وأما عند غيبته عنه وقت البيع والشراء فلا يجوز ، وتصح بعد الوقوع .

وبعد ذلك إن حصل للمسلم شك فى عمل الذمي بالربا ، استحب له التصدق بالربح فقط ، لقوله تعالى : ﴿ فَإِنْ تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُءُوسُ أَمْوَالِكُمْ ﴾ [البقرة : ٢٧٩] . وإن شك فى عمله به فى خمر ، ندب له التصدق بربحه ورأس المال جميعا ، لوجوب إراقة الخمر على المسلم ، ولو اشتراه بمال حلال . وإن تحقق عمله بالربا وجب التصدق بالربح فقط ؛ وإن تحقق تجره بخمر وجب على المسلم التصدق برأس ماله والربح معا .

وقد علم مما مر أن بين من يصح توكيله وتوكله عموما وخصوصا من وجه ، يجتمعان فى حر ، بالغ ، عاقل ، رشيد ، غير عدو ولا كافر .

وينفرد التوكيل فى عدو وكافر فإنهما أهله دون التوكل .

وينفرد التوكل فى محجور فإنه من أهل التوكل على إحدى طريقتين دون التوكيل .

الثانى : الصيغة الدالة على الإذن فى التصرف ، أو ما يقوم مقامها فى الدلالة على ذلك فيكفى قولهم : اشتركنا إذا كان يفهم منه المقصود عرفا ، وكذا خلط المالين والعمل بهما .

الثالث : المحل وهو : المال والأعمال .

وتنقسم على ثلاثة أقسام :

شركة وجوه — ولم يذكرها الشيخ — وهى : أن يبيع الوجيه مال الخامل ببعض

قوله : (الدالة على الإذن في التصرف) الشركة هى الإذن فى التصرف المتقدم ، والصيغة من أركانها ، فالمناسب أن يقول ، الثاني : الصيغة التى يحصل بها الإذن فى التصرف الخ ، الذى هو معنى الشركة .

قوله : (فيكفى قولهم اشتركنا) أى : الذى هو الصيغة ، أى : يقول كل واحد منهما اشتركنا ، وهى جملة خبرية لفظا إنشائية معنى . والظاهر : أن مثل ذلك ما إذا وقع اللفظ المذكور من أحدهما ، ويوافقه الآخر بما يدل على ذلك .

قوله : (إذا كان يفهم منه المقصود) أى : وهو الإذن في التصرف المذكور .

وقوله : (وكذا خلط المالين) هذا هو القائم مقام الصيغة .

وقوله : (والعمل) الظاهر حذفه ، وأنه لا يشترط في ذلك ؛ ولا يخفى أن ماذكر ليس بظاهر فى جميع الأقسام .

قوله : (وهو المال والأعمال) أى : مايقع الاشتراك فيه وهذا كالذى قبله .

تنبيه : تلزم بمجرد القول ، على ما تقدم ، فلو أراد أحدهما المفاصلة ، فلا يجاب إلى ذلك ، ولو أراد نضوض المال بعد العمل ، فينظر الحاكم كالقراض .

قوله : (وتنقسم على ثلاثة الخ) فيه أن الفقهاء نوعوها : إلى شركة أبدان ، ويقال لها شركة عمل ، وشركة مفاوضة ، وشركة عنان ، وشركة جبر ، وشركة ذمم ، ويقال لها شركة وجوه ؛ ولا يخفى أن التعريف المتقدم لا يشمل شركة الوجوه ، وسميت بذلك لأن الباعث عليها الوجه ، والمراد به وجاهة البائع المذكور .

قوله : (الخامل) هو الساقط الذى لا نباهة له ، كذا فسروا ، والظاهر أن المراد به ما لا يرغب فى الشراء منه لظن أن متاعه غير جيد .

ربحه . وحكمها الفساد لشيئين : **أحدهما** : أن فيه إجارة ، **والآخر** :أن فيه تدليسا ، لأن كثيرا من الناس يرغب فى الشراء من أملياء السوق ، ظنا منهم أن الأملياء إنما يتجرون فى جيد السلع ، وأن الفقراء على العكس من ذلك .

وشركة أموال ، تأتى .

وشركة أبدان ، وهي جائزة بشروط : **أحدها** ما أشار إليه بقوله : (إِذَا عَمِلَا فى مَوْضِعٍ وَاحِدٍ) اتحدت الصنعة أو لا ، وهذا مذهب المدونة ، وصرح ع بمشهوريته ، وأجاز في العتبية تعدد المكان إن اتحدت الصنعة ، وشهره صاحب المختصر . **ثانيها** : اتحاد العمل أو تقاربه ، وأشار إليه بقوله : (عَمَلًا وَاحِدًا) كخياطين (أَوْ مُتَقَارِباً) بأن يتوقف عمل أحدهما على عمل الآخر ، كما إذا كان أحدهما يجهز الغزل للنسج والآخر ينسج ؛ أما إذا اختلفت صنعتهما ولم تتلازم

قوله : (وحكمها الفساد) فإن نزل ذلك ، فينبغي أن يكون للوجيه جعل مثله بالغا ما بلغ ، وأما من اشترى من الوجيه فينبغى أن السلعة إن كانت قائمة خير على مقتضى الغش ، وإن فاتت ففيها الأقل من الثمن أو القيمة ، كما قاله الشيخ يوسف الزرقانى .

قوله : (والآخر أن فيه تدليسا) فيه شيء ، لأن التدليس لا يقتضى الفساد .

قوله : (ظنا منهم) ولا ينظر لكونه مطابقا للواقع أم لا .

قوله : (اتحدت الصنعة) هو معنى قوله : عملا واحدا .

وقوله : (أم لا) هو معنى قوله أو متقاربا .

قوله : (إن اتحدت الصنعة) والظاهر : أنها لو لم تتحد بل تقاربا تكون جائزة بالطريق الأولى ، ووفق الأشياخ بين الكتابين بحمل العتبية على ما إذا كان المكانان بسوق واحد أو سوقين نفاقهما واحد ، أو تجول أيديهما بالعمل فى المكانين جميعا ، أو يجتمعان بمكان على أخذ الأعمال ، ثم يأخذ كل واحد منهما طائفة من العمل يذهب بها لحانوته ، يعمل فيها لرفقه به لسعته أو قربه من منزله ، ونحو ذلك .

قوله : (كما إذا كان الخ) أو كان أحدهما يجهز الدقيق والآخر يعجن أو يخبز .

قوله : (أو يتقاربا) أى : عرفا ، كعمل أحدهما ما ينقص أو يزيد عن الثلث يسيرا ، والآخر الثلثين كذلك ، فإن احتاجا مع الصنعة لمال أخرج كل بقدر عمله لأزيد ، حيث كان القصد الصنعة لا المال ، وإلا فالنظر له .

- كخياط وحداد - لم تجز الشركة للغرر ، إذ قد تتفق صنعة هذا دون هذا ، فيأخذ من صاحبه ما لا يستحقه . **ثالثها** : أن يتساويا فى العمل أو يتقاربا ، احترازاً مما إذا كان عمل أحدهما قدر عمل الآخر مرتين ، فإن الشركة لا تجوز إلا على قدر التفاوت ، فتكون بينهما على الثلث والثلثين ، فلو كان على أن يأخذ كل واحد النصف لم يجز . **رابعها** : أن يكون القصد بها التعاون ، فلو كانت على أن يعمل كل واحد منهما على حدته لم يجز ، لما فيه من الغرر البين . **خامسها** : أن تكون الآلة بينهما بشراء أو كراء ، على ظاهر المدونة . واختلف : هل يجوز أن يستأجر أحدهما من الآخر نصف الآلة - وهو ظاهر الكتاب - أو لابد من الاشتراك المذكور ؟ وهو لابن القاسم .

وأما شركة الأموال ، فهي على ثلاثة أقسام : **الأول** : شركة مفاوضة ، ولم يذكرها الشيخ . وحكمها الجواز اتفاقا ؛ وهى : أن يجعل كل واحد منهما لصاحبه

قوله : (لم يجز) لما فيه من الغرر البين . **حاصله** : أنه لابد من حصول التعاون وإلا لم يجز ، وعمل كل يختص به دون رفيقه .

وقضية الشارح : أن قصد التعاون يكفى وإن لم يحصل بعد تعاون بالفعل ، وهو خلاف ما تفيده العتبية ، فقد سئل فى العتبية عن صيادين معهم شباك ، فقال بعضهم لبعض : تعالوا نتعاون وما أصبنا فبيننا ، فنصب أحدهم شبكة ، فأخذ صيدا ، وأبى أن يعطى الآخرين ؟ فقال : ذلك له ، وليس لهما شيء فيما أصاب ، لأنها شركة لا تحل . قال فى البيان : لأن شركة العمل إنما تكون فيما فيه تعاون .

قوله : (أو لابد من الاشتراك) أى : لا تجوز ابتداء وتصح بعد الوقوع ، وكذا الخلاف جارٍ فيما إذا أخرج كلٌّ آلة ، وأجَّر كل منهما نصف آلته بنصف آلة الآخر ، وجعل ابن عبد السلام الأول هو المشهور .

ويدخل فى العمل الطب ، والصيد ، وقراءة الأطفال إذا كان كل يحفظ القرآن ، وإذا كان أحدهما يحفظ النصف الأعلى ، والآخر الأسفل فقيل لايجوز ، وقيل يجوز ، حيث وجد من يقرأ من الأعلى ومن يقرأ من الأسفل لحصول التعاون .

قوله : (مفاوضة) - بفتح الواو وكسرها - من تفاوض الرجلان فى الحديث إذا شرعا فيه .

قوله : (ولم يذكرها الشيخ) فيه شيء لأن قول المصنف : وتجوز الشركة بالأموال صادق بها كما يصدق بالعنان .

قوله : (وهى أن يجعل الخ) أى ذو أن يجعل ، لأن شركة المفاوضة محتوية على ذلك ،

أن يتصرف فى الغيبة والحضور ، فى البيع والشراء ، والكراء والاكتراء ؛ ولذلك سميت مفاوضة .

الثانى : شركة عنان – بكسر العين – على الأكثر ، وإليها أشار بقوله : (وَتَجُوزُ الشَّرِكَةُ بِالْأَمْوَالِ) الدنانير والدراهم من كلا الجانبين إجماعا ، وبالطعام

لا أنها نفس ذلك . ثم إنه لابد فيها من كون الربح والخسر بقدر المالين ، فمتى دخلا على خلاف ذلك فسدت ؛ وأما إن دخلا على ذلك أو سكتا فلا تفسد ، قاله **عج** .

وأخرج بقوله : أن يجعل ، ما إذا اشترط كل على صاحبه المراجعة ، فيقال لها شركة عنان .

بقى ما إذا قالا : اشتركنا مقتصرين على ذلك ، قال بعضهم : إنه من شركة المفاوضة ، بدليل قول العلامة خليل : وإن شرطا نفى الاستبداد فعنان . ولكن فى ابن ناجى ، وابن عرفة : أن فى قول كل تصرف مقتصرين عليه ، قولين فى كونها مفاوضة أم لا اهـ واستظهر **عج** : الفساد فيما إذا اشترط على أحدهما نفى الاستبداد وأطلق للآخر التصرف .

ولا يفسد شركة المفاوضة انفراد أحد الشريكين بمال يعمل فيه لنفسه على حدة إذا استويا فى عمل الشركة .

قوله : (والكراء والاكتراء) أى : وغير ذلك ، كأن يولى غيره سلعة اشتراها ، هو أو صاحبه ، بما وقع به البيع بغير إذن شريكه ، مالم يكن محاباة ، فتكون كالمعروف لا يلزمه إلا ماجرّ بِه نفعا للتجارة ، وإلا لزمه قدر حصته منه ؛ وإقالته خوف عدم الغريم ونحوه من النظر .

قوله : (بكسر العين على الأكثر) أى : على الوجه الأكثر ، أى : من عنان الفرس ، كأن كل واحد منهما أخذ بعنان صاحبه ، أى : بلجامه ، وبفتحها ، أى : – الذى هو غير الأكثر – من عن يعن إذا عرض ، قاله فى التحقيق .

قوله : (الدنانير والدراهم من كلا الجانبين) يحتمل أن الواو بمعنى أو ، أى : أن الدنانير من كل جانب فقط ، أو الدراهم من كل جانب فقط ، وأن تكون على حقيقتها ، أى : ذهبا وورقا من جانب ، ومن الآخر كذلك ؛ لكن يشترط فى كل ما ذكر استواؤهما فى القدر والصفة ، فيشترط مساواة ذهب أحدهما لذهب الآخر : وزنا . وصرفا ، وقيمة . وفضة أحدهما لفضة الآخر كذلك ؛ فلا تجوز عند الاختلاف – فيما يذكر – عملا على القيمة والصرف ، أو لم يعملا عليهما ، بأن عملا على الوزن وألغيا – ما ذكر – وإن اختلفا وزنا – أدى إلى بيع الذهب أو الفضة بالذهب ، أو الفضة متفاضلا . وتعتبر المساواة وقت المعاقدة ، ولا يضر الاختلاف بعد ذلك .

المتفق صفة ونوعا عند ابن القاسم ، ومنعه مالك ، وعليه اقتصر صاحب المختصر . قيل لأنه بيع الطعام قبل قبضه إذا باعه لأجنبى ؛ وحيث قيل بالجواز فإنما هو (عَلَى

واعلم : أن المراد باتفاق وزنهما وقيمتهما وصرفهما : أن يكون ما أخرجه أحدهما متفقا – فيما ذكر – مع ما أخرجه الآخر ، أو مع ما يقابله مما أخرجه الآخر لا الأول فقط ، لاقتضائه أنه إذا أخرج أحدهما مثقالين ، والآخر عشرة ، وأخذ كلٌّ قدرَ نصيبه فلا يجوز ، مع أنها جائزة .

ولا يضر الاختلاف اليسير الذى لا بال له ، ولا يقصد فى الصرف أو القيمة ، لا الوزن . سواء جعلاها على وزن رأس المالين ، وألغيا ما بينهما من الفضل ، أو عملاها على فضل ما بين السكتين ؛ وللخمي : أنه لا يضر الاختلاف اليسير فيه أيضا ، والظاهر المنع إذا اجتمع اليسير فى هذه كلها .

تنبيه : قد تقدم أنه إذا اختلف الصرف تفسد ، وإذا وقعت فسخت ، ولكل واحد رأس ماله بعينه فى سكته ، والربح بقدر وزن رأس ماله لا على فضل السكة .

وكذا لا تجوز بتبر ومسكوك ولو تساويا وزنا ، إن كثر فضل السكة ، وإن ساوتها جودة التبر فقولان .

وكذا لا تجوز بذهب من أحدهما وورق من الآخر كذلك ، ولو عجل كلٌّ ما أخرجه لاجتماع الشركة والصرف ، فإن عملا فلكل رأس ماله ، ويقتسمان الربح : لكل عشرة دنانير دينار ، ولكل عشرة دراهم درهم ، وكذلك الوضيعة . قاله فى المدونة . وكلامها هذا حيث اتفق ما أخرجا .

وكذا تصح إذا أخرج أحدهما عرضا ، والآخر ذهبا أو فضة ، أو أخرج كل عرضا ، اتفقا فى الجنس والقيمة أو اختلفا ؛ ويعتبر في الشركة بالعرض – كان من جانب أو جانبين – قيمته يوم الاشتراك حيث كانت صحيحة ، وإن فسدت فرأس مال كل من الجانبين ، أو من أحدهما ما بيع به العرض إن عرف وإلا فقيمته يوم البيع ، وانظر إذا لم يعلم يوم البيع .

قوله : (ومنعه مالك) أى : منع المتفق صفة ونوعا وقدرا ، وأولى عند الاختلاف .

قوله : (لأنه بيع الطعام قبل قبضه) أى : لأن كل واحد باع نصف طعامه بنصف طعام صاحبه ، ولم يحصل قبض لبقاء يد كل على ما باع ، فإذا باعاه لأجنبي كل واحد بائعا للطعام قبل قبضه ولو حصل خلط الطعامين ، لأنه يستمر طعام كل واحد فى ضمان بائعه حتى يقبضه مشتريه ، وقبضه وتفريغه فى وعاء المشترى أو ما يقوم مقامها ، وهو منتف ههنا .

بِقَدْرِ مَا أَخْرَجَ كُلٌّ وَاحِدٍ) منهما (وَ) على أن يكون (العَمَلُ عَلَيْهِمَا بِقَدْرِ مَا شَرَطَا مِنَ الرِّبْحِ لِكُلِّ واحِدٍ) فإذا أخرج أحدهما – مثلا – مائة ، والآخر مائتين ، فالربح والخسران بينهما أثلاثاً . وقوله : (وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَخْتَلِفَ رَأْسُ المَالِ وَيَسْتَوِيَا فِي الرِّبْحِ) تكرار مع قوله : على أَنْ يَكُونَ الرِّبْحُ بَيْنَهُمَا إلى آخره .

الثالث : شركة مضاربة ، وتسمى قِراضا أيضا . وعبر به فقال (وَالْقِرَاضُ جَائِزٌ) بشروط أحدها أن يكون (بالدَّنَانِيرِ وَالدَّرَاهِم) ظاهره : ولو كانا مغشوشين – وهو كذلك – وظاهره أيضا : كان التعامل بهما بالعدد أو بالوزن (وَقَدْ أُرْخِصَ

قوله : (فإذا أخرج أحدهما الخ) الأَوْلى أن يقول : فإذا دخلا على أن أحدهما يأتي بربع المال ، ويعمل الربعَ ، وله ربع الربح ، والآخر عليه ثلاثة أرباع المال ، وثلاثة أرباع العمل ، وله ثلاثة أرباع الربح ، جازت الشركة .

وملخصه : أنها تفسد بشرط التفاوت فى العمل ، كما تفسد بشرط التفاوت فى الربح ، وإذا وقعت فاسدة بدخولهما على التفاوت ، فلكل أجر عمله للآخر . مثال ذلك : لو أخرج أحدهما عشرين – مثلا – والآخر عشرة ، وشرطا التساوى فى الربح والعمل ، ولم يطلع على ذلك حتى عملا ، فإن الربح يقسم على قدر المالين ، ويرجع صاحب العشرين على صاحب العشرة بفاضل الربح وهو السدس ، وينزعه منه إن كان قبضه ليكمل له الثلثان ، ويرجع صاحب العشرة بفاضل عمله وهو أجر سدس العمل .

ومفهوم الاشتراط : أنه لو تبرع أحدهما لشريكه بشيء من العمل أو الربح بعد تمام العقد لجاز ، فقول المصنف : أن يختلف الخ ، أى : لا يجوز اشتراط التفاوت ، فإن لم يشترط التفاوت بأن دخلا على التساوى ، أو سكتا صحت ، كما ذكره بعض الشيوخ .

قوله : (شركة مضاربة) هذه لغة أهل العراق ، من الضرب فى الأرض الذي هو : السير ، أو أن كلا منهما يضرب فى الربح بنصيب ، كما قاله **تت** .

قوله : (وتسمى قراضا أيضا) – بكسر القاف – مشتق من القرض وهو : القطع ، سمي بذلك : لأن المالك قطع للعامل قطعة من ماله يتصرف فيها بقطعة من الربح ، وهى لغة أهل الحجاز .

والقراض أركانه : العاقدان وهما كالوكيل والموكل والمال ، والصيغة ، والجزء المعمول للعامل .

قوله : (ولو كانا مغشوشين) أى : حيث تعومل به ، وإن لم ترج كالكاملة ، ولو مع وجود النقد الخالص ؛ وأما غير المتعامل به فكالعرض . واستظهر بعض شراح العلامة خليل : أن رأس المال الذي يعطى عند المفاصلة مثله مغشوشا .

فيه) أى : فى القراض (بِنِقَارٍ) – بكسر النون – بمعنى فجرات (الذَّهَبِ والفِضَّةِ) ج : اختلف فى القراض بالنقار على ثلاثة أقوال : المنع ، والكراهة ، والجواز . وكل هذا إذا كان لا يتعامل بها ، وأما إذا كان يتعامل بها فلا خلاف فى جواز ذلك (وَلَا يَجُوزُ) القراض (بالعُرُوضِ) ولا شيء من المكيلات والموزونات ، لأن القراض فى الأصل غرر ، لأنه إجارة مجهولة ، إذا كان العامل لا يدرى كم يربح فى المال ؟ فيعلم مقدار الجزء المشترط له ، وكذلك رب المال : لا يدري هل يربح أم لا ؟ وهل يرجع إليه رأس ماله أم لا ؟ فكان ذلك غررا من هذه الوجوه إلا أن الشارع جوزه للضرورة إليه ، ولحاجة الناس إلى التعامل به ، فيجب أن يجوز منه مقدار ما جوزه الشارع ، وما عداه ممنوع بالأصل .

قوله : (فجرات الخ) ومثلها التبر .

قوله : (على ثلاثة أقوال) المعتمد المنع .

قوله : (وأما إذا كان يتعامل بها فلا خلاف فى جواز ذلك) أى : والفرض أن لا مسكوك ، وإلا منع على المعتمد ، والمراد : لايجوز ابتداء ، وأما بعد الوقوع فإنه يمضى بالوقوع . والفلوس الجدد كالنقار إن انفردت بالتعامل جاز جعلها رأس مال قراض ، وإلا فلا .

قوله : (ولا يجوز بالعروض) أى : اتفاقا .

قوله : (ولا بشيء من المكيلات) لايخفى أن هذا يفيد : أنه حمل العروض على المقومات ، وحينئذ فيرد عليه أن الأولى له أن يزيد والمعدودات ، لأن المثلى ثلاثة أنواع ، ولو حمل العروض على ما عدا العين لشمل المثلى بأنواعه ، كما يفيده تت ؛ وكان فى غنية عن هذه الزيادة . ويدخل فى العروض الفلوس الجدد حيث لم تنفرد بالتعامل بها ، ويدخل الحديد والرصاص والودع لو انفردت بالتعامل .

قوله : (إذا كان العامل لا يدرى) الأَوْلى حذف كان ، ويقول : إذ العامل ، بل الأولى أن يقول : إذ العامل لا يدري : هل يربح أو لا ؟ وعلى تقدير الربح كم مقداره ؟ والشارع حقيقة الله تعالى ، والمصطفى مجاز فيجوز أن يراد به كل منهما .

قوله : (ولحاجة الناس) عطف تفسير .

وقوله : (فيجب) أى : يتعين .

قوله : (مقدار ماجوزه الشارع) وهو النقد المضروب ، لا يقال : الشارع لم يجوزه بالتبر ، ولا بالجدد ، ولا بنقار الذهب والفضة ، فلماذا رخص فيها ؟ الجواب ما قاله الشارح : أن النقار ، أى : وما شابهه ، أعيان ، وأثمان ، ورؤوس أموال ، والجدد ، عند انفراد التعامل بها كذلك ، حتى قيل إنها من النقود .

والفرق بين النقار والعروض : أن العروض لا يتعامل بأعيانها ، والنقار أعيان ، وأثمان ، ورؤوس أموال (وَ) إذا امتنع القراض بها ، فإن العامل (يَكُونُ إِنْ نَزَلَ) أى : وقع القراض بها (أَجِيراً فِي بَيْعِهَا) ويكون (عَلَى قِرَاض مِثْلِهِ فِي الثَّمَنِ) ظاهره ، مطلقا ، وفيه تفصيل لابن رشد نقلناه فى الأصل ، والذى فى المختصر : أن

قوله : (بالأصل) أى : على الأصل .

وقوله : (أعيان) أى : يتعامل بأعيانها بحيث تكون ثمنا ، فما بعده تفسير له .

وقوله : (ورؤوس أموال) لا يخفى أن مما ماصدقات رأس المال الذى يدفع لعامل القراض يتجر فيه ، فيلزم عليه المصادرة ، ثم فى المقام إشكال آخر ، لأن الفرض أن النقار لا يتعامل به ، إلا أن يقال : إن المعنى ، أنها قد يتعامل بها على فرض ضربها ، وهذا مفقود فى العرض .

قوله : (أجيرا فى بيعها) أى : العروض فيستحق أجرة مثله فى توليه بيعها ، حيث لم يطلع عليه إلا بعد بيعها ، فقوله : أجيرا ، أى : كأجير لأنه لم يستأجر .

قوله : (ويكون على قراض مثله) أى : إذا اتجر بالثمن .

قوله : (وفيه تفصيل) وهو ما نصه : يريد إذا كان رأس مال القراض الثمن الذي بيع به العروض ، أما إذا كان رأس المال نفسه ، أو قيمته يوم العقد ، أو يوم التفاصل ، فإنه يكون أجيرا فى بيعها ، ويرد إلى إجارة مثله فى الثمن ، أى : فى العمل به إذا لم يعثر على ذلك حتى عمل به ؛ وإن لم يعمل ، فإنه يفسخ ويرد المال إلى ربه .

والفرق بين قراض المثل وأجرة المال : أن قراض المثل فى الربح ، فإن لم يحصل ربح لاشىء له . وأجرة المثل فى الذمة ، فيلزم رب المال ولو لم يحصل ربح .

وأما إذا قال له : خذ هذا الثوب ، اذهب به إلى فلان يبيعه ، فإذا باعه وقبض ثمنه ، فخذ منه واعمل به قراضا بيني وبينك ، أى : فجعل رأس المال ثمن الثوب ، فهو جائز ، الخ .

قوله : (والذى فى المختصر الخ) لا يخفى أن عبارته تفيد : أن الذى فى المختصر تفصيل آخر مغاير لتفصيل ابن رشد ، مع أن كلام المختصر هو عين كلام المصنف ، فيجرى فيه تقييد ابن رشد . ونص العلامة خليل : كفلوس وعرض إن تولى ذلك تشبيها فى المنع ، ثم قال : فأجر مثله فى توليه ثم قراض مثله فى ربحه اهـ فقال بعض شراحه : وكلام المؤلف فيما إذا جعل ثمن العرض المبيع به هو القراض ، وأما إذا جعل رأس المال نفس العرض ، أو قيمته الآن ، أو يوم المفاصلة ، فلا يجوز ولو تولى بيعه غيره اهـ وهذا الكلام لا ينافى تفصيل ابن رشد .

له أجرة مثله فى بيع العروض ، وأما عمله فى القراض بعد ذلك ، فله قراض مثله من الربح . إن كان ثم ربح ، وإلا فلا شيء له .

ثم بين أمورا يستبد بها العامل دون رب المال بقوله : (وَلِلْعَامِلِ) أي : وجوبا (كِسْوَتُهُ وَطَعَامُهُ) المراد به : نفقته ذهابا وإيابا بشرطين : **أحدهما** : السفر ، ومن شروطه أن ينوي به تنمية المال ، أما إذا سافر لزيارة أهله ، أو لحج ، أو لغزو ، فلا نفقة له . **والآخر** : أن يكون المال له بال ، وإليهما أشار بقوله : (إِذَا

تتمة : كما اشترط أن يكون رأس المال نقدا مضروبا أو ما ألحق به ، يشترط أن يكون مسلما وقت العقد من يده ، فلا يصح بدين ، بأن يقول : اعمل بالدين الذي فى ذمتك قراضا ، أى : وكذا لا يصح برهن ، أو وديعة ، بأن يقول : اعمل لى قراضا بالرهن الذى عندك ، أو الوديعة التى عندك .

ويشترط أيضا أن يكون الجزء مجهول الكمية ، معلوم النسبة كربع الربح ، وأن يكون من ربح المال لا غيره ، وأن يكون جميع العمل على العامل .

واستنبط بعضهم من كلام ابن عرفة عدم اشتراط لفظه الخاص بل ربما يفهم منه صحتها بالمعاطاة .

قوله : (ذهابا وإيابا) أى : كإقامته بالبلد التى يتجر بها ، لكن يشترط فى هذه عدم البناء بزوجة ، فإن بنى بها ، أى : أو دعى للدخول بها ، فليس له الإنفاق منه . وأما لو سافر للتجارة ومعه زوجته ، فإن له الإنفاق على نفسه . ذهابا وإيابا . وفى مدة الإقامة للتجارة ، لأن السفر للتجارة حينئذ .

قوله : (أحدهما السفر) فليس له قبل السفر إنفاق ، أى : مالم يشغله التزود للسفر عن الوجوه التى يقتات منها ، وإلا فله النفقة .

قوله : (لزيارة أهله الخ) أى : فلا ينفق لا فى ذهابه ولا فى إيابه إلا فى السفر لبلد الزوجة ، فإنما تسقط نفقته فى مدة الذهاب والإقامة ، لا فى مدة رجوعه لبلد ليس له بها أهل .

والفرق أن سفر الحج أو القرابة الرجوع فيه – لله تعالى – كالذهاب فلا ينفق ، بخلاف رجوعه من بلد الزوجة ، فالمراد بالأهل : الزوجة المدخول بها : – لا الأقارب – ومثل الزوجة كالسرية ، ومثل سفر الحج والغزو ، السفر لسائر القرب كصلة الرحم . ولا فرق فى سقوط هذه الأشياء من الإنفاق بين أن تكون تابعة للمال أو متبوعة .

سَافَرَ فِي المَالِ الَّذِي لَهُ بَالٌ) ظاهره : كان السفر قريبا أو بعيدا بالنسبة للطعام (وَ) أما الكسوة فـ(ـإِنَّمَا يُكْتَسَى فى السَّفَرِ الْبَعِيدِ) لا القريب ، إذا كان المال كثيرا لا قليلا ؛ وحد القريب : مثل مسيرة عشرة أيام ، وحد المال الكثير : خمسون

ويشترط أن يكون الإنفاق بالمعروف ، وأن يكون فى مال القراض ، فإن أنفق فى سفره من مالٍ نفسه ، رجع فى مال القراض ، فإن هلك ، أو زاد إنفاقه على مال القراض بطرو حادث فيه لم يلزم ربه . قال بعضهم : وينبغى إذا أنفق سرفا أن يكون له القدر المعتاد .

ويلحق بالإنفاق الجائز أجرة نحو : حجام ، وصاحب حمام ، وجميع مايحتاج له التاجر عرفا ، لا على وجه المداواة . ويجوز له إكراء خادم فى السفر من مال يتحمله ، إن كان أهلا لأن يخدمه خادم ، وإلا لم يستخدم كفي حضر مطلقا ، لأن رضاه بعمله بنفسه فى القراض يقتضي عدم استخدامه . وإن تأهل فإن لم يحتمل المال لم يستخدم ، وأما عدم البناء بزوجة ، وكونه لغير حج ، وغزو ، وقربة ، فلا يعتبر فى الاستخدام .

قوله : (إذا سافر الخ) قال ابن ناجى : ظاهر كلام الشيخ : أنه إذا اتجر به فى بلد ، أنه لا ينفق منه ولو كان ماينفق منه يسيرا ، وهو كذلك .

قوله : (فى المال الذي له بال) أى : فلا نفقة فى المال اليسير ، والكثرة – كما فى التحقيق – بالعرف ، قال : ومثله قوله فى المدونة عن مالك : لاحد لما تجب فيه النفقة ، ووقع لمالك السبعون يسير ، وله أن ينفق فى الخمسين ؛ وجمع بينهما بحمل الأول على السفر البعيد ، والثانى على القريب .

قوله : (وحد القريب الخ) ظاهر عبارته : أن المراد ببعد السفر بعد مسافته ، أى : وأما لو قربت مسافته وطال ليس حكمه كذلك ، مع أن حكمه كذلك . فلو فسر البعد بما تطول فيه المدة لشملها ، أى : بحيث يمتهن ما عليه من الثياب .

قوله : (وحد المال الكثير) أى : فى النفقة والكسوة خمسون دينارا ، إما على أحد الأقوال المتقدمة ، أو يحمل على أنها مما صدقات ما يؤدى إليه الاجتهاد ، فيأتى على قول مالك فى المدونة ، وظاهر العبارة يخالفه .

والحاصل : أنه يشترط فى الكسوة شروط الإنفاق كلها ، ويزاد عليها البعد – بمعنى طول الزمن – بحيث يحتاج فيه للكسوة ، وإن لم يبعد المكان الذي هو به .

دينارا ذهبا فأكثر (وَلا يَقْتَسِمَان الرِّبْحَ حَتَّى يَنِضَّ رَأْسُ المَالِ) ظاهره : ولو رضيا بذلك ، صورته : أن يبيع بعض السلع ويبقي بعضها ، ويكون فيها رأس المال ، فيقول له : نقتسم هذا الذي نض ، فهذا لا يجوز ، لأنه قد تهلك السلعة الباقية . وهذا آخر الكلام على شركة المضاربة .

قوله : (حتى ينض) - بكسر النون - لأنه من نض ينض إذا صار ذهبا أو فضة ، قال **عج** : وكسر النون هو مقتضى مافى لامية الأفعال ، والصحاح .

قوله : (ويكون فيها رأس المال) فإن لم يكن رأس مال ، فهو أولى فى المنع .

قوله : (فيقول له نقتسم هذا الذي نض) أى : والسلع باقية على القراض ، قال فى تحقيق المبانى عقب قوله : لأنه قد تهلك السلعة ، أو يتحول سوقها ، فينقص رأس المال منها ، ويجوز أن يأخذ السلعة فى رأس المال بقيمتها اهـ زاد **عج** : ويجوز أيضا أن يقتسما السلع كلها بقيمتها اهـ .

والحاصل : أن مفاد الشارح : أنه لو جعل رأس المال مانض ، إذا قدّر رأس المال وما بقي من السلع ربحا ، أراد البقاء على القراض أو المفاصلة ، أو جعل ما نض ربحا ، ويأخذ رب المال بقية السلع فى رأس ماله وينفصلان ، أو يقتسمان جميع السلع : بأن يأخذ رب المال جملة منها فى رأس ماله ، ويجعلا مابقي منها ربحا يقتسمانه وينفصلا ، جاز فى جميع هذه الصور ومثل صورة الشارح فى المنع : ما إذا جعلا جملة منها فى مقابلة رأس المال ، وبقية السلع ربحا يقتسمانه . مع البقاء على القراض .

تنبيه : لو نض المال وتم عمل القراض ، فإن كان ببلد رب المال ، فليس له تحريكه إلا بإذن رب المال ، وإن كان في بلد آخر فله تحريكه ولا يتوقف على إذن رب المال ؛ ويقبل قول العامل ، أى : مع يمين وإن لم يكن متهما فى تلفه المال ، وخسره ، وضياعه ، إلا أن يكذبه التجار ، وكذا يقبل قوله فى رده لربه بيمين ، وإن لم يكن متهما إلا أن يكون قبضه ببينة مقصودة للتوثق ، فلا يقبل قوله فى رده إلا ببينة تشهد على رده ؛ وإذا حصل فى رأس المال خسر ، وحصل فيه بعد ذلك ربح ، فإنه يجب جبر الخسر بالربح ، ولو شرط العامل على رب المال خلاف ذلك مادام المال تحت يد العامل ، لا إن قبضه ربه بعد الخسر ، فإنه يصير قراضا مؤتنفا .

ثم عقبها بالكلام على المساقاة لتقاربهما فقال (وَالمُسَاقَاةُ) من المفاعلة التي تكون من الواحد – وهو قليل – نحو سافر ، وعافاه الله .

ومعناها اصطلاحا : أن يدفع الرجل كرمه ، أو حائط نخله – مثلا – لمن يكفيه القيام بما يحتاج إليه من السقي والعمل ، على أن ما أطعم الله من ثمرها بينهما نصفين ، أو على جزء معلوم من الثمرة .

قوله : (على المساقاة) مشتقة من السقى لأنه معظم عملها .

قوله : (لتقاربهما) أي : من جهة أن فى كلٍّ الإجارة بجزء مجهول .

قوله : (من المفاعلة) أي : من صيغ المفاعلة .

وقوله : (التي تكون من الواحد) ظاهر الشارح : أن هذا بحسب اصطلاح اللغة ، كما هو بحسب اصطلاح الشرع ، وهو ظاهر الصحاح .

قوله : (وهو قليل) أى باعتبار العقد ، فيكون من التعبير بالمتعلق – بالفتح – وهو المساقاة ، عن المتعلِّق – بالكسر – وهو العقد . ولا يكون إلا بين اثنين . فتأمل فى ذلك .

قوله : (وعافاه الله) أى : من المعافاة ، وهى من الله وحده .

قوله : (ومعناها اصطلاحا الخ) مفاده : أن كونها من صيغ المفاعلة هو المعنى اللغوى ، وليس كذلك ، فقد قال فى الصحاح : والمساقاة : أن يُعمل رجل رجلا فى نخيل أو كروم ليقوم بإصلاحها على أنه يكون له سهم معلوم مما يفعله .

قوله : (كرمه) – وزان فلس – العنب كما فى المصباح ، وفى العبارة حذف مضاف ، أى : حائط كرمه لمناسبة المعطوف ، وإن كان لا يحتاج إليه .

قوله : (بما يحتاج إليه) أى : بما يحتاج الكرم أو الحائط .

قوله : (والعمل) عطف عام على خاص . ونكتة ذكر الخاص ، وإن كان يمكن الاكتفاء بالعام ، ما تقدم من أن معظم عملها السقى ، أى : والبعل ، وإن لم يكن يسقى إلا أن ما فيه من المؤن يقوم مقام السقى .

قوله : (نصفين) خصه بالذكر ، وإن أمكن دخوله فى قوله : أو على جزء الخ ، لأنه الوارد فى قصة خيبر .

قوله : (أو على جزء معلوم من الثمرة) أى : كثلث ، أو ربع ، وظاهر عبارته : عدم شمول مساقاته على أن الثمرة كلها للعامل مع أنها مساقاة ، قال فى المدونة : لا بأس بالمساقاة على أن كل ثمرة للعامل اهـ .

وحكمها أنها (جَائِزَةٌ) لما فى الصحيحين : « أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله تعالى عليه وعلى آله وسلم عَامَلَ أَهْلَ خَيْبَر عَلَى شَطْرٍ مَايَخْرُجَ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ »[1] وهى مستثناة من المخابرة ، وهى : كراء الأرض بما يخرج منها ، ومن بيع الثمرةِ ، والإجارة بها قبل طيبها ، وقبل وجودها ، ومن الإجارة بالمجهول .

ولها شروط :

منها : العاقدان ، ويشترط فيهما أهلية الإجارة .

قوله : (حكمها أنها جائزة) أى : فالحكم ثبوت الجواز ، ولو أبقى المصنف على ظاهره ، لكان المفاد أن حكمها الجواز ، والمآل واحد ، لأن الجواز إنما هو من حيث ثبوته .

قوله : (أهل خيبر) مدينة كبيرة ذات حصون ، ومزارع ، ونخل كثير ، على ثمانية برد من المدينة إلى جهة الشام .

قوله : (على شطر) أى : نصف .

قوله : (منها) أى : من أرضها بواسطة بالنسبة لقوله من ثمر .

قوله : (المخابرة) مأخوذة من خبرت الأرض شققتها للزراعة ، أفاده المصباح .

قوله : (وهى كراء الأرض بما يخرج منها) بحث فيه بأن الأرض غير مكتراة فى المساقاة ، إنما المكترى العامل ، وأجيب : بأن ذلك يتأتى فى بعض صورها كالبياض المشترط على العامل زرعه ، فإن من شرطه كون البذر من عنده ، فيكون حينئذ من كراء الأرض بما يخرج منها .

قوله : (ومن بيع الثمرة) أى : باعها بمنافع العامل .

قوله : (والإجارة بها) أى : أجر العامل نفسه بها قبل طيبها بل قبل وجودها قبله .

قوله : (وقبل وجودها) أى : أو قبل وجودها .

قوله : (منها العاقدان) فيه تسامح ، إذ ليس العاقدان من الشروط بل ركنان ، إلا أن يريد به ما يتوقف عليه وجود الشيء .

قوله : (أهلية الإجارة) أى : صحة ولزوما .

---

(١) البخارى : ٣٠٥/١ و ٣١٣ وفى غيرها طبع الهند - مسلم : ١٤/٢ وغيرها طبع الهند . أبو داود : ٣٥٧/٣ - ابن ماجه : ٨٢٤/٢ .

ومنها : أن تكون بلفظ ساقيت ، فلا تنعقد بعاملتك ونحوه .

ومنها : أن تكون فى الأصول الثابتة التي تجنى ثمارها ويبقى أصلها : كالنخل والعنب ، وإليه أشار بقوله : (فِي الْأُصُولِ) .

ومنها : أن تكون قبل طيب الثمرة ، وقبل جواز بيعها ، لأنه إذا جاز بيعها لا ضرورة حينئذ للمساقاة .

قوله : (فلا تنعقد بعاملتك) أى : على طريقة ابن القاسم ، وإلا فسحنون يقول بانعقادها بعاملتك . قال جمع من الشيوخ : وهو المذهب .

الحاصل : أنه يشترط عند ابن القاسم أن يأتي بلفظ السقى ، كقوله : ساقيت ، أو أنا مساقيك ، أو أعطيتك حائطي مساقاة . والراجح كما قلنا ، قول سحنون : أنه ينعقد بعاملتك . ويكفى فى الجانب الآخر : رضيت ، أو قبلت ، أو نحو ذلك . ولا ينعقد بلفظ الإجارة لأنها أصل مستقل ، كما لا تنعقد الإجارة بلفظ المساقاة ، ولا يلزم من كفاية المعاطاة فيها صحتها بلفظ المساقاة .

قوله : (أن تكون فى الأصول الخ) ظاهره عدم جوازها فى غيرها ، وليس كذلك ، بل تصح فى الزرع كالقصب ، والبصل ، والمقاثى ، بشروط :

أحدها : عجز رب الزرع عن القيام به .

ثانيها : أن يخاف عليه الموت بترك السقى .

ثالثها : أن يبرز من الأرض .

رابعها : أن لا يبدو صلاحه .

ووقع خلاف فى نحو القطن والورد مما تجنى ثمرته ، ويبقى فى الأرض أصله ، فبعضهم ألحقه بالشجر ، وبعضهم بالزرع ؛ فيجوز مساقاته بالشروط المطلوبة فى الزرع .

قوله : (وقبل الجواز الخ) عطف تفسير على ما قبله ، ومن الشروط : أن تبلغ حد الإثمار فى عامه ، كان فيه حمل بالفعل أم لا ، وأن لا يخلف الأصل : كالبقل ، والقصب ، ولا ثمره : كالموز ، أى : إلا أن يكون مابدا صلاحه ، أو مالم يبلغ حد الإثمار ، أو مايخلف تبعا ، وإلا جاز . والتبعية أن يكون التابع الثلث فأقل .

ومنها : أن تكون إلى أجل معلوم وأقله إلى الجذاذ ، وإن أطلق حمل عليه .

ومنها : أن يساقي على جزء شائع معلوم ، سواء كان كثيرا كالثلثين ، أو قليلا كالربع ، وإليه أشار بقوله : (عَلَى مَا تَرَاضَيَا عَلَيْه مِنَ الْأَجْزَاءِ) واحترزنا بالمشاع : من المساقاة على آصع ، أو أوسق معدودة . وبالمعلوم : من المساقاة على جزء مجهول ، فلابد أن يكون ثلثا ، أو نصفا ، أو نحوه .

(وَ) منها : أن يكون (الْعَمَلُ كُلُّهُ عَلَى المُسَاقَى) بفتح القاف – وهو العامل – والعمل

قوله : (وإن أطلق حمل عليه) أى : على الجذاذ ، وإذا كان يتكرر فى العام ، فيحمل انتهاؤها على الجذاذ الأول إن تميزت البطون ، إن لم يشترط ثان ، وأما ما يطعم بطونا ، ولا يتميز بعضها عن بعض ، فلا تجوز مساقاته إلا تبعا .

والحاصل : أنه لا يشترط التوقيت ، لكن المراد : أنها إذا أقتت لا تؤقت إلا بالجذاذ ، أى : أو بالشهور العجمية ، لأن كل ثمرة تجذ فى وقتها ، لا بالشهور العربية لأنها تدور .

إذا تقرر ذلك ، فقول الشارح : (ومنها أن تكون) يقتضى أنه لابد من التوقيت ، وأنه إذا لم يؤقت لا يصح ، مع أنه يصح ويحمل على الجذاذ . وظهر من هذا التقرير : أن محترز : أقله الشهر العجمي ، والأولى حذف إلى ، ويكون وأقله ، أى : الأجل المعلوم الجذاذ .

قوله : (على آصع) لايخفى أن الآصع أو الأوسق شائعة ، فالأولى أن يقول : احترز بذلك عما إذا ساقاه على ربع من نخلات معينة .

قوله : (على جزء مجهول) أى : بأن يقول : أعطيك جزءا ، إلا أن تكون العادة جارية بشيء معلوم عند الناس ؛ وإذا كان الحائط مشتملا على أصناف ، أو أنواع الثمار ، فيشترط أن يكون فى جميعها متفقا ، ولابد أن يكون الجزء شائعا فى جميع الحائط احترازا عما شاع فى نخلة أو نخلات معينة ؛ ويشترط علم الحائط إما بالرؤية أو بالوصف ، فتدخل مساقاة الحائط الغائب وإن وصف حيث كان يصل إليه قبل كمال طيبه .

قوله : (والعمل القيام) لا يخفى أن العمل نفس السقي وما عطف عليه ، ففي العبارة تسمح .

القيام بما تفتقر إليه الثمرة من السقي ، والإبار ، والتنقية ، والجذاذ ؟ وإقامة الأدوات من الدلاء ، والمساحي ، والأجراء ، والدواب ، ونفقتهم ، لأن العوض إنما هو العمل ، فيجب أن يكون كله على العامل .

(وَ) منها : أن رب الحائط (لايَشْتَرِطُ) بمعنى لا يجوز له أن يشترط (عَلَيْهِ) أي على المساقى (عَمَلًا) آخر (غَيْرَ عَمَلِ المُسَاقَاةِ) مثل : أن يساقيه ، ويشترط عليه أن يبيع له ثوبا ، أو يطحن له أردبا ، ونحو ذلك مما لا تعلق له بالثمرة ،

قوله : (بما تفتقر إليه الثمرة) أى : عرفا مما ذكر ، ولا يلزم تفصيل ذلك عند العقد ، وأما إن لم يكن عرف فلابد من النص على ما يحتاج إليه .

قوله : (والتنقية) أى : تنقية منافع الشجر .

قوله : (الأدوات) جمع أداة أى : الآلة .

قوله : (والأجراء والدواب) معطوفان على الدلاء والمساحى ، أي : عليه الأجراء والدواب إن لم يكونا فى الحائط .

قوله : (ونفقتهم) أى : تلزمه نفقة ماذكر من الدواب والأجراء الذين أمر بالإتيان بهم ، بل وكذلك يلزمه أن ينفق على ما كان فى الحائط من دواب وأجراء لرب الحائط . ويلغز بهذه المسألة ، فيقال : رجل له رقيق ودواب ، ليس له فيهم شركة ، ونفقتهم وكسوتهم على أجنبى . نعم لا يلزم العامل إلا أجرة ما استأجره هو ، وأما ما كان فى الحائط عند عقد المساقاة فأجرته على ربه ، وكذا لا يلزم العامل أن يخلف مامات أو مرض من الرقيق والدواب التى فى الحائط يوم عقد المساقاة ، وخلف ذلك على رب الحائط .

قوله : (لأن العوض) أى : عوض الثمرة التى يأخذها العامل .

قوله : (بمعنى لا يجوز له الخ) لايخفى أنه على ذلك التقدير ، يكون المعنى : ومن شروط المساقاة عدم جواز اشتراط عمل آخر الخ ، ولا يصح ذلك .

والحاصل : أن المناسب لجعله من الشروط أن يحذف قوله : لايجوز ، فتدبر .

قوله : (عملا آخر غير عمل المساقاة) أى : مما كان خارجا عن الحائط – كما سيشير إليه الشارح – ولا فرق في ذلك بين أن يكون له بال أم لا .

قوله : (أن يبيع له ثوبا) أى : يكون سمسارا فى بيعه .

لأن المساقاة مستثناة من أصول ممنوعة ، جوزت للضرورة ، فيقتصر فيها على محل الورود .

(وَ) كذا (لَا) يجوز له أن يشترط عليه (عَمَلَ شَيْءٍ يُنْشِئُهُ) أى : يحدثه (فى الْحَائِطِ إِلَّا مَا) أى : شيئا (لَا بَالَ) أى : لا خطر (لَهُ) لقلته ، فإنه يجوز له أن يشترطه عليه (مِنْ سَدِّ الْحَظِيرَةِ) بالظاء المعجمة المشالة (وَ) من (إِصْلَاحِ الضَّفِيرَةِ) - بالضاد المعجمة غير المشالة - أما الحظيرة فهى : الحائط المحيطة بالبستان وسد - بالمعجمة والمهملة - ترميم بنائها والعيدان التى تجعل بأعلاها من شوك وجريد يمنع التسور عليها (وَ) أما الضفيرة فـ(ـهى مُجْتَمَعُ المَاءِ) : ثم يفرغ كالصهريج ، وأما بناؤها من أصلها فلا يجوز أن يشترط ذلك على العامل ، وإليه

قوله : (مستثناة من أصول ممنوعة) كل واحد يدل على المنع ، **الأول** : الإجارة بالمجهول ، **الثاني** : كراء الأرض بما يخرج منها . **الثالث** : بيع الثمرة قبل بدو صلاحها بل قبل وجودها . **الرابع** : الغرر ، لأن العامل لا يدرى : أتسلم الثمرة أم لا ؟ وعلى تقدير سلامتها ، لايدرى : كيف يكون مقدارها ؟

قوله : (أى يحدثه) أى : كحفر بئر ، أو إنشاء عين ، من كل شيء له بال .

قوله : (لا خطر له) أى : لا قدر له .

قوله : (المشالة) أى : المرتفعة .

قوله : (وسد الخ) ظاهره : أن المعنى واحد عليهما ، وفى كلام غيره : أن المعنى يختلف ؛ فالمعنى ، على السين المهملة : سد الفرجة الكائنة فى ذات الحفيرة ؛ وعلى الشين المعجمة : إصلاح الحفيرة بالأحبل ونحوها ، مما يمسك . الحظيرة : من الحظر وهو المنع .

قوله : (ترميم بنائها) أى سد الخلل الذى فى الحائط ، وأما أصل البناء فليس عليه .

قوله : (والعيدان) عطف على ترميم ، أى : وجعل العيدان .

وقوله : (يمنع) أى : ما ذكر من الشوك والجريد .

وقوله : (التسور) أى : الاستعلاء عليها .

قوله : (مجتمع الماء) أى : موضع اجتماع الماء .

أشار بقوله : (مِن غَيْرِ أَنْ يُنْشِئَ بِنَاءَهَا) لأن ذلك مما يبقى بعد الثمرة (وَالتَّذْكِيرُ) أي : التلقيح (عَلَى الْعَامِلِ) ظاهره : أن عليه شراء ما يلقح به وتعليقه ، وهو كذلك في قول (وَتَنْقِيَةُ مَنَاقِعِ الشَّجَرِ) جمع منقع – بفتح القاف – موضع يستنقع فيه الماء (وَإِصْلَاحُ مَسْقِطِ المَاءِ) – بفتح القاف وكسرها – موضع السقوط (مِنَ الْغَرْبِ) وهو الدلو الكبير (وَتَنْقِيَةُ الْعَيْنِ) وهو كنسها مما يقع فيها من تراب أو ورق (وشِبْهُ ذَلِكَ) من عمل المساقاة ، أى : مثل الجذاذ ، والجرين ، **ق** . قوله : (جَائِزٌ) خبر مبتدإ محذوف ، تقديره : هذا وشبهه جائز ، بعد (أَنْ

قوله : (ظاهره أن عليه الخ) ليس بظاهر ، لأن المصنف إنما تكلم على نفس الفعل الذي هو التعليق .

قوله : (وهو كذلك فى قول) وهو المذهب ، وقيل على رب الحائط .

قوله : (موضع يستنقع فيه الماء) الماء فاعل يستنقع ، أى : موضع يجتمع فيه الماء ، قال فى المصباح : ومنقع الماء – بالفتح – مجتمعه ، والماء مستنقع فاعل .

قوله : (بفتح القاف وكسرها) فيه نظر ، لأنه خلاف مافي لامية ابن مالك ، والذى فيها : الكسر فقط ، وهو ظاهر كلام **تت** . فإن قلت : اسم المكان من الذى مضارعه – بالضم أو بالفتح – بفتح العين ، فلا يصح ما يفيده **تت** . **قلت** : ماذكرته هو القياس ، وهذا مما خرج عن القياس . صرح بذلك فى لامية الأفعال . قال شارحها : ومما جاء بالكسر فقط شذوذا اسم المكان من : لحن ، وسقط ، وشرق ، قاله **عج** .

قوله : (موضع السقوط) أى : فقوله : من الغرب ، متعلق به باعتبار تضمنه المصدر ، وفى الحقيقة التعلق بالمصدر .

قوله : (أى : مثل الجذاذ) أى : ورمٌ ، نحو قفة ، وتهيئة قناة الماء .

قوله : (الجرين) هو الموضع الذي يجفف فيه الثمار ، وجمعه جرن – كبريد وبرد – أفاده المصباح . فحينئذ ، ففي العبارة حذف والتقدير : والوضع فى الجرين .

قوله : (تقديره هذا) أى : ما قبل قوله : وشبه ذلك ، **قلت** : لا داعي إلى ذلك إذ لو جعله خبرا عن الأول ، وحذف إخبار مابعده لدلالته عليه أو العكس ، لكان أوضح ، أو الخبر عن الجميع باعتبار تأويله بالمذكور .

يُشْتَرَطَ عَلَى الْعَامِلِ) وفى كلامه مشاحة ، وهي : أن ظاهر قوله أولا : والعمل كله على المساق ، الشامل للتذكير وما بعده ، أنه يجب على العامل بمجرد العقد وإن لم يشترط عليه ؛ وقوله بعدُ : أن التذكير وما بعده ، جائز ، يقتضى أن هذه الأربعة لاتجب عليه إلا بالشرط ، فتأمل .

ومنها ما أشار إليه بقوله : (وَلَا تَجُوزُ الْمُسَاقَاةُ عَلَى إِخْرَاجِ مَافِي الْحَائِطِ مِنَ الدَّوابِّ) ولفظ المدونة : ولا ينبغى لرب الحائط أن يساقيه على أن ينزع شيئا مما فى الحائط من الرقيق والدواب . بهرام : قوله : ولا ينبغى على التحريم ، لا على الكراهة . (وَمَا مَاتَ مِنْهَا) أى : من الدواب التى فى الحائط (فَعَلى رَبِّهِ خَلْفُهُ) وإن لم يشترط العامل ذلك عليه ، لأن العقد كان على عمل فى ذمة صاحب

قوله : (أن يشترط على العامل) فى تأويل مصدر فاعل جائز .

قوله : (وفى كلامه مشاحة) أجيب : بأنه إنما نص على الجواز مع الاشتراط ، وإن كان ذلك على العامل أصالة ، لأن بعض المسائل تفسد باشتراط شيء منها ، فنص على ذلك مع الشرط له مع ما ذكر . ثم إن مذهب المدونة : أن تنقية العين على رب الحائط لا على العامل .

قوله : (وقوله بعد أن التذكير) لا يخفى أنه يقتضى أن قوله سابقا : على العامل ، ليس من المصنف وقوله : وظاهره – فيما تقدم – يقتضى أنه من المصنف .

والحاصل : أن مقتضى ماتقدم أن يكون قوله : والتذكير ، مبتدأ . وقوله : على العامل ، خبر . وقوله : وتنقية ، مبتدأ . وقوله : جائز الخ ، خبر . وقضية كلامه هنا : أن يكون قوله : والتذكر مبتدأ . وما بعده معطوف عليه ، والخبر قوله : جائز على ما تقدم .

قوله : (من الرقيق الخ) فإن وقع اشتراط ذلك فى صلب عقدها فسدت ، فإن حصل عملٌ وجب به مساقاة مثله ؛ وأما التبرع بتلك المذكورات فلا بأس به .

قوله : (وما مات) أى : أو مرض ، أو أبق .

قوله : (أى الدواب التى فى الحائط) أى : وقع العقد وهى فى الحائط .

قوله : (لأن العقد كان على عمل الخ) أى : من حيث تلك الدواب التى وقع عقد المساقاة وهى فى الحائط .

الحائط ، ولو شرط خلفهم على العامل لم يجز (وَ) أما (نَفَقَةُ الدَّوَابِّ) أى : علفهم (وَ) نفقة (الْأُجَرَاء) جمع أجير ، أى : إطعامهم وكسوتهم فـ(ـعَلى الْعَامِلِ) على المشهور ، لأن عليه العمل ، وجميع المؤن المتعلقة به التى تنقطع بانقطاعها الثمرة ، لأن العوض على ذلك يقع ، وكذلك عليه خلف مارث من الدلاء ، والأحبل ونحوها ، لأنه إنما دخل على أن ينتفع بها حتى تهلك أعيانها ، وأمد انتهائها معلوم ، بخلاف العبد والدابة (وَعلَيْهِ) أيضا (زَرِيعَةُ) - بفتح الزاى وكسر الراء -

---

قوله (فعلى العامل) انظر : إذا كانت إجارة الأجراء الذين فى الحائط قبل بالنفقة ، هل تكون على رب الحائط أو على العامل ؟ لأنها نفقة اهـ .

قوله : (على المشهور) وقيل : إن نفقة الرقيق على رب الحائط واما أجرة من كان فى الحائط فعلى ربه ، كان الكراء وجيبة أو مشاهرة ، ولا يلزم العامل إلا أجرة ما استأجره هو .

قوله : (المتعلقة به) أى : بالعامل ، هذا ظاهره ، والأوْلى حذف ذلك ، لأن ماذكر من النفقة إنما علم تعلقها به من الإخبار بقوله : لأن عليه .

قوله : (التى تنقطع بانقطاعها الثمرة) أى : إن تلك الأشياء إذا انقطعت انقطعت الثمرة ، أى : لم تتم . قد يقال : هذا موجود فى الأجراء التى فى الحائط قبل ، فإن الثمرة تنقطع أى : تنعدم بانعدام الأجراء المذكورين مع أنها على رب الحائط .

قوله : (حتى تهلك أعيانها) أى : فهو داخل على أنه يحتاج لأحبل ونحوها فتكون عليه .

قوله : (بخلاف العبد والدابة) أى : فمدة حياتهما مجهولة ، فلو لم يتعلق عملهما بذمة رب الحائط لفسدت المساقاة .

قوله : (وكسر الراء) أى المخففة ، والتشديد من لحن العوام .

حاصله : أنه يجوز إدخال البياض فى عقد المساقاة ، سواء كان منفردا على حدة ، أو كان فى أثناء النخل ، بشروط ثلاثة : أن يكون الجزء المجعول للعامل فيه موافقا لجزء الحائط . **والثانى** : أن يكون البذر على العامل ، وأن يكون كراء البياض منفردا ثلث قيمة الثمرة فأقل ، فإن فقد شرط فسد عقد المساقاة ، ويرد العامل إلى مساقاة مثله فى الحائط ، وإلى أجرة مثله فى البياض .

وهو بذر (الْبَيَاضِ الْيَسِيرِ) أى : الأرض الخالية عن الشجر ، واليسير الثلث فما دونه (وَلَا بَأْسَ أَنْ يُلْغَى) أى : يترك (ذَلِكَ) البياض اليسير (لِلْعَامِلِ وَهُوَ) أى : الإلغاء (أَحَلُّ) له ، وكلامه يدل على أن لا بأس هنا . لما هو خير من غيره ، وهو كذلك ، ليسلم من كراء الأرض بجزء ما يخرج منها . وظاهر كلامه : أن البياض اليسير يترك للعامل مطلقا – وليس كذلك – بل فيه تفصيل ذكرناه فى الأصل (وَإِنْ كَانَ الْبَيَاضُ كَثِيراً لَمْ يَجُزْ أَنْ يَدْخُلَ فى مُسَاقَاةِ النَّخْلِ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَدْرَ

والمصنف ذكر الشرطين الأخيرين : كون البذر على العامل ، وكراء البياض يسيرا ، أى : قدرا الخ ، كما إذا كان البياض يساوى مائة ، وقيمة الثمرة على المعتاد منها بعد إسقاط ماأنفق عليها يساوى مائتين .

قوله : (البياض الخ) سمي البياض بياضا لإشراق أرضه بضوء الشمس نهارا ، ونور الكواكب ليلا ؛ وسمى ما استتر بالزرع والنخل سوادا ، لحجبها له عن الإشراق .

قوله (له) من كلام الشارح ، إشارة إلى أن الضمير فى أصله مجرور بلام مقدرة ، أى : أحل له ، أى : أحل لرب الحائط أو العامل من اشتراط إدخاله فى المساقاة .

قوله : (بما هو خير) أى : فهو مستحب .

قوله : (بل فيه تفصيل) عبارة التحقيق : **تنبيه** : ظاهر كلام الشيخ أن البياض اليسير يترك للعامل مطلقا – وليس كذلك – لأنه إما أن يشترطه رب الحائط ، أو العامل ، أو هما معا ، أو يسكتا عنه . أما إن اشترطه رب الحائط لنفسه ، فلا يجوز على المشهور ؛ وأما إن اشترطه العامل لنفسه ، فجائز بلا خلاف ، وأما إن اشتراطاه فيجوز بشروط :

الأول : أن يكون العمل على العامل نص عليه ع و ق .

والثانى : أن يكون بذر البياض على العامل ، فإن لم يكن البذر من عنده فسد العمل ، لأنه عليه الصلاة والسلام لم يرو عنه أنه دفع شيئا لأهل خيبر .

والثالث : أن يكون الجزء المشترط فيه موافقا لجزء المساقاة ، وأما إذا سكتا عنه ، فقال مالك فى الموازية : يلغى للعامل اهـ المراد منه . وتأمله .

تنبيه : هذا الإلغاء للعامل مشروط بالسكوت ، أو اشتراط العامل عند عقد المساقاة .

قوله : (وإن كان البياض كثيرا) بحيث يكون كراؤه منفردا فروق ثلث قيمة الثمرة .

قوله : (لم يجز أن يدخل فى مساقاة النخل) أى : ولا يجوز أن يلغى للعامل بل يبقى لربه ، ولا يجوز أن يشترطه العامل أيضا .

الثُّلُثِ مِنَ الْجَميعِ فأَقَلَّ) ق : انظر كيف بيّن أن اليسير يدخل فى مساقاة النخل ، وأن الكثير لا يدخل ، وسكت عن الإلغاء ، هل يجوز وإن كان أكثر من الثلث أو لا يجوز إلا إذا كان قدر الثلث فأقل ؟ ويعرف اليسير من الكثير بأن يقوم كراء الأرض على انفراده ، ويقوم الثمر على انفراده ، وينسب كراؤه من قيمة الثمرة بعد طرح قيمة المؤنة والعمل . مثال ذلك : بأن يقال كم قيمة ثمرة هذا النخل على ما اعتيد منها ؟ فيقال : ثلاثون دينارا ؛ فيقال بكم يؤاجر عليها من يعمل فيها إلى الجداد ؟ فيقال : بعشرة دنانير ، فتنقصها من الثلاثين تبقى عشرون ، ثم يقال أيضا : بكم يكرى هذا البياض لمن يعمله ؟ فيقال : بعشرة دنانير ، فتضيفها إلى العشرين فتكون ثلاثين ، تنسبها منها فتجدها ثلثا ، فتعلم أن البياض يسير ؛ وإن كانت قيمة البياض عشرين فلا يجوز أن تدخل فى مساقاة النخل ، لأن قيمته أكثر من الثلث .

قوله : (إلا أن يكون) أى : البياض لا بقيده السابق .

قوله : (كيف بين) أى : لِمَ بَيَّن ؟ أى : انظر : جواب هذا السؤال ، وهو : أنه لمَ بين أن اليسير يدخل فى مساقاة النخل ، والكثير لا يدخل ، وسكت عن جواب السؤال المتعلق بالإلغاء ، وهو هل يجوز ؟ الخ . فقوله : هل يجوز ؟ بدل اشتمال من الإلغاء ، وأنت خبير بأن قول المصنف ولا بأس أن يلغى ذلك الخ ، مفيد لهذا الجواب ، وهو : أن جواز الإلغاء إذا كان يسيرا فيفهم منه : أنه إذا كان كثيرا لا يجوز ، وهذا يكفى فى البيان ؛ فتدبر .

قوله : (أو لا يجوز إلا إذا كان قدر الثلث الخ) وهو كذلك ، وملخص المسألة : أن البياض اليسير يجوز إدخاله فى المساقاة بالشروط المتقدمة ، ويختص به العامل إن سكتا عنه ، أو اشترطه ، ويفسد عقد المساقاة باشتراط ربه له إن كان يناله سقى العامل ، كما يفسد عقد المساقاة بإدخال الكثير ، أو اشتراطه للعامل ، أو إلغائه له ، بل يبقى لربه ، والمعتبر يسارته وكثرته بالنسبة لجميع الثمرة لا بالنسبة لحصة العامل فقط .

قوله : (وينسب كراؤه من قيمة الثمرة) الضمير فى : كراؤه ، للأرض بمعنى البياض ، وقوله : من قيمة ، بمعنى إلى . أى : إلى قيمة الثمرة ؛ والمطابق لمثاله أن يقول : ويعرف اليسير من الكثير بأن يقوم الثمر على انفراده ، ثم يسقط منه ما للعامل ، ثم يقال : كم يكرى هذا البياض لمن يعمله ؟ ثم يضيفه إلى ما بقى من قيمة الثمر بعد ما أسقط ما للعامل ، ثم ينسب قيمة البياض إلى قيمة الثمر وما أضيف إليه ، فتدبر .

قوله : (فيقال بعشرة) الخ ، وهى قيمة المؤنة والعمل .

ولما كانت المغارسة مقيسة على المساقاة عقبها بها فقال : (وَالشَّرِكَةُ فِي الزَّرْعِ جَائِزَةٌ) ومنهم من يعبر عنها بالمزارعة . ولجوازها شروط :

أحدها : المتعاقدان ، ويشترط فيهما أهلية الشركة والإجارة .

ثانيها : السلامة من كراء الأرض بما يمتنع كراؤها به كالطعام .

ثالثها : أن يقع العقد بينهما بلفظ الشركة .

رابعها : أن يتساوى العاقدان فى الربح على نسبة مايلزمهما .

قوله : (ولما كانت المغارسة الخ) اعلم : أن جماعة من أئمتنا فرقوا بين المغارسة والمزارعة ، فجعلوا المغارسة على حدة ، والمزارعة على حدة ؛ ومفاد **عج** : اعتماده . وفيها رسالة مستقلة لبعض علماء المغرب ؛ ونظمها **عج** وشرحها قال : إن المغارسة زائدة على المزارعة التى فى خليل ، وأنه لم يتكلم على المغارسة فراجعه .

قوله : (والشركة فى الزرع جائزة) وعقدها لايلزم إلا بالبذر ، وظاهر كلام بعضهم : ولو فى بعض الأرض ، ولو لم ينضم للبذر حرث ؛ وأما الحرث بدون بذر ، فلكل من أراد الفسخ له ذلك ، ومن له عمل يرجع به على صاحبه ، أو يقتسمان الأرض إن كان العمل لهما والأرض لهما ، وإنما لم تلزم بالعقد كشركة الأموال ، لأنه قد قيل بالمنع فيها مطلقا ، فضعف الأمر فيها ، فلابد فى لزومها من أمر قوي وهو البذر .

قوله : (أهلية الشركة والإجارة) أى : لأنها مركبة منهما ، كما أفاده فى التحقيق . فأهلية الشركة بأن يكونا من أهل التوكيل والتوكل ، فلا تصح بين صبيين ، ولا سفيهين ، ولا بين صبى ورشيد ، إلا أن قوله : والإجارة ، لعل الأولى إسقاطه ، فإن اشتراط شروط الإجارة يقتضى صحة ما ذكر ، فتدبر .

قوله : (كالطعام) ولو لم تنبته كالعسل ، أو بما تنبته ولو لم يكن طعاما كقطن ، أو كتان ، إلا الخشب ونحوه .

قوله : (أن يقع العقد بينهما بلفظ الشركة) ظاهره : تعين هذا اللفظ ، وهو ما يفيده كلامه فى التحقيق ، معللا ذلك بقوله : لأنها رخصة لا يتعدى بها عن محلها . قال : فلو عقد بلفظ الإجارة لم تنعقد على المشهور ، وكذلك إن وقع العقد مطلقا غير مقيد بلفظ شركة ، أو إجارة فتدبر اهـ .

خامسها : خلط البذر إن كان من عندهما .

سادسها : أن يكون مقابل الأرض – من بقر وعمل – مساويا لأجرة الأرض ، مثل : أن يكون كراء الأرض مائة ، والعمل يساوى خمسين ، والبقر كذلك ، لأن سنة الشركة التساوى .

وقد ذكر الشيخ – رحمه الله – في هذا الفصل ثمانية مسائل : أربعة جائزة ، منها ثلاثة متوالية ، والرابعة متأخرة ؛ وأربعة ممنوعة : واحدة بالمفهوم ، وثلاثة بالمنطوق .

أما الثلاثة الجائزة ، فأشار إلى أولها بقوله : (إِذَا كانَتْ الزَّرِيعَةُ مِنْهُمَا جَمِيعاً وَالرِّبْحُ بَيْنَهُمَا ، كانَتْ الْأَرْضُ لِأَحَدِهِمَا والْعَمَلُ عَلَى الآخَرِ) قالوا : يريد بقوله : والزريعة منهما ، إذا تساويا فى الزريعة . وأما إذا تفاضلا فيها ، مثل : أن يخرج أحدهما ثلثى الزريعة ، والآخر الثلث ، ففيه تفصيل ذكرناه فى الأصل .

قوله : (خلط البذر إن كان) ولو كان الخلط حكما ، بأن يخرج كل واحد البذر من عنده ، ولم يخلطاه حتى وصل إلى الفدان ، ويبذر كل واحد بذره بحيث لا يتميز عن بذر صاحبه ، فإن تميز : بأن بذر كل فى ناحية ، فلا يصح ؛ ولكلٍّ مانبت حبه . هذا أحد قولى سحنون ، وقوله الآخر موافق لقول مالك وابن القاسم : بعدم اشتراط الخلط لاحسا ولا حكما ؛ وعليه فتصح المزارعة ولو كان بذر كل واحد فى ناحية بحيث صار متميزا .

قوله : (سادسها الخ) هذا ظاهر إذا دخلا على المناصفة ، وأما لو كان أجرة البقر والعمل خمسين – مثلا – وأجرة الأرض مائة ، والبذر على حسب كلٍّ ، والربح بينهما كذلك ، فلا مانع من ذلك أيضا . إذا تقرر ذلك فيستغنى عنه بالرابع ، وتدبره .

قوله : (إذا كانت الزريعة الخ) يصور بما تقدم له ، وهو : أن يكون أجرة الأرض مائة ، وأجرة البقر والعمل كذلك ، والبذر بينهما مناصفة ، والربح على ذلك ، فقول الشارح : إذا تساويا فى الزريعة ، أى : بدليل قول المصنف : والربح بينهما ، المقتضى مساواتهما فى الربح .

قوله : (والعمل على الآخر) أى : بشرط مساواته لأجرة الأرض فى القيمة أو مقاربته ، كأن تكون قيمة الأرض تسعة عشر وقيمة العمل عشرين ، أو عكسه . وأما لو تباعدت ، فلا جواز إلا أن يأخذ كل واحد من الزرع قدر ما أخرج . والمراد بالعمل : الحرث لا الحصاد والدراس ، لأنه مجهول .

قوله : (ففيه تفصيل الخ) قال فيه عقب قوله : والآخر الثلث ، فينظر : فإن كان

وثانيها : أشار إليه بقوله (أَوِ الْعَمَلُ بَيْنَهُمَا وَأَكْتَرَيَا الْأَرْضَ) يريد : والمسألة بحالها والزريعة منهما جميعا ، والربح بينهما .

وثالثها : أشار إليه بقوله : (أَوْ كانَتْ) أى : الأرض (بَيْنَهُمَا) والمسألة بحالها .

وأما الثلاثة الممنوعة المأخوذة بالمنطوق ، فأشار إليها بقوله : (أَمَّا إِنْ كَانَ الْبَذْرُ مِنْ عِنْدِ أَحَدِهِمَا وَمِنْ عِنْدِ الآخَرِ الْأَرْضُ والْعَمَلُ عَلَيْهِ أو عَلَيْهِمَا) معا

صاحب الأرض هو الذى أخرج ثلثى الزريعة فذلك جائز ، لأن الثلث الذى أخرجه صاحب العمل ، يقابل الثلث مما أخرجه صاحب الأرض ، والعمل مقابل الأرض والثلث الثانى .

وإن كان صاحب العمل هو الذى أخرج ثلثى الزريعة ، ينظر : إن كان الربح بينهما أثلاثا على قدر ما أخرج كل واحد من الزريعة فيجوز ، لأنهما تساويا فى الزريعة ، والعمل يقابل الأرض .

وإن كان الزرع بينهما أنصافا لم يجز ، لأن الثلث والثلث الآخر ، والعمل مقابل الأرض ، ففيه كراء الأرض بما تنبت ، وذلك ممنوع .

وقول التحقيق : والعمل مقابل الأرض والثلث الباقى ، يحمل على ما إذا ساوت قيمة العمل قيمة الأرض مع الثلث الباقى ، وإلا لم يجز . وقوله : لأنهما تساويا فى الزريعة ، المراد : أخذ كلٌّ قدر ما أخرج من الزريعة . وقوله : والعمل مقابل الأرض ، بمعنى : أن العامل قابل الأرض مقابلة بحسب ما لكل واحد منهما ، لأن قيمة العمل – مثلا – عشرون ، وقيمة الأرض عشرة ، ولرب العمل الثلثان .

قوله : (أو العمل بينهما واكتريا الأرض) لا يخفى أن هذا الثانى يصدق بالمناصفة ، والثلث ، والثلثين ، فتدبر .

فقوله : (والربح بينهما) أى : بحسب ما لكل فليس المراد التساوى .

قوله : (أو كانت أى الأرض بينهما) أى : ملكا لذات ، أو منفعة .

وقوله : (والمسألة بحالها) من كون العمل بينهما ، والزريعة منهما جميعا ، والربح بينهما ، **قلت** : وتصدق هذه بالمناصفة ، والثلث ، والثلثين .

قوله : (وأما الثلاثة الممنوعة) أى : لما فيها من كراء الأرض بما يخرج منها .

(والرِّبْحُ بَيْنَهُمَا لَمْ يَجُزْ) بيان أخذها منه ، هو : أن الضمير فى عليه يحتمل عوده على صاحب الأرض ، فيكون أحدهما أخرج البذر ، والآخر الأرض والعمل ، وهذه مسألة . ويحتمل عوده على مخرج البذر ، فيكون أحدهما أخرج البذر والعمل ، والآخر الأرض ، وهذه مسألة . وقوله : أو عليهما ، أى : العمل عليهما ، والمسألة بحالها ، أخرج أحدهما الأرض والآخر البذر وهذه مسألة .

ثم أشار إلى الرابعة المكملة للمسائل الجائزة بقوله : (وَلَوْ كَانَا اكْتَرَيَا الْأَرْضَ) يريد : أو كانت بينهما ، أو كانت لأحدهما ، ويعطيه الآخر كراء نصفه . (وَالْبَذْرُ مِنْ عِنْدِ وَاحِدٍ وَعَلَى الآخَرِ الْعَمَلُ جَازَ) ذلك (إِذَا تَقَارَبَتْ قِيمَةُ ذَلِكَ) البذر والعمل ، مفهومه إذا لم تتقارب لاتجوز ، وهذه هى المكملة للأربعة الممنوعة . وظاهر ماذكره من الجواز مطلقا ، سواء كان الربح بينهما نصفين أم لا (وَلَا يُنْقَدُ)

قوله : (يحتمل عوده على صاحب الأرض) وهو الأقرب .

قوله : (إذا تقاربت قيمة ذلك البذر) كما لو كانت قيمة أحدهما عشرة ، والآخر أحد عشر – مثلا – وأحرى فى الجواز تساويهما قاله **تت** وهو أحسن من قول خليل : وقابلها مساو وتساويا . والظاهر : أنه يقاس على هذا مابقى ما يزيد فيه أحدهما على الآخر بجزء من أحد عشر ، كما إذا كانت قيمة أحدهما مائة ، وقيمة الآخر مائة وعشرة ، وهكذا قاله **عج** .

قوله : (سواء كان الربح بينهما نصفين أم لا) **أقول** : إنه يتعين أن يحمل على ما إذا كان بينهما نصفين ، وذلك أنه إذا فرض مقاومة البذر للعمل ، أو القرب ، لزم أن الأرض بينهما على المناصفة ، فيلزم أن يكون الربح بينهما مناصفة .

تنبيه : يجوز أن يتبرع أحدهما لصاحبه بعد العقد اللازم بشىء من العمل أو غيره ، ولو وقعت فاسدة فسخت قبل الفوات بالعمل . وأما بعد الفوات به ، فإن تكافآ عملا ، أى : وقع من كل منهما ، وإن لم يتساويا فى قدره ، فبينهما وترادوا غير العمل ؛ كما لو كانت الأرض من أحدهما والبذر من الآخر ، فيرجع صاحب البذر على صاحب الأرض بمثل نصف بذره ، ويرجع صاحب الأرض على صاحب البذر بأجرة نصف أرضه ؛ وهذه فاسدة لمقابلة الأرض البذر .

فلو كان العامل أحدهما ، وكان له مع عمله إما أرض ، والبذر من الآخر ، أو بذر ، والأرض من الآخر ، فالزرع يكون كله للعامل وعليه أجرة الأرض لصاحبها ، ومكيلة البذر

بشرط (فى كِرَاءِ أَرْضٍ غَيْرِ مَأْمُونَةٍ) الرى (قَبْلَ أَنْ تُرْوَى) لأنه يكون تارة بيعا ، وتارة سلفا ، ومقتضى كلامه : أن العقد عليها من غير نقد ، أو بنقد من غير شرط ، جائز – وهو كذلك – ومفهوم قوله : غير مأمونة ، أنها لو كانت مأمونة الرى لجاز النقد فيها – وهو كذلك – عند ابن القاسم .

لصاحبه ، وعليه أيضا أجرة البقر لصاحبه ، إن كان البقر من عنده ، وكذا إذا كان كل من الأرض والبذر لكل من الشريكين والعمل من أحدهما ، فالزرع لصاحب العمل . أما إذا لم ينضم إلى عمله شىء من أرض ، أو بذر ، أو بقر ، فهى مسألة الخمّاس ، فليس له إلا أجرة مثله حيث وقعت فاسدة .

وحاصلها : أن يخرج أحدهما البذر ، والأرض ، والبقر ، وعلى الآخر عمل يده فقط ، وله من الزرع جزء كربع أو غيره من الأجزاء ، وتكون صحيحة إن وقعت بلفظ الشركة ، لا بلفظ الإجارة ، أو الإطلاق ، فتكون إجارة فاسدة ؛ والمراد بالعمل : الحرث ، لا الحصاد والدراس ، لأنه مجهول ؛ متى شرط عليه أزيد من الحرث فسدت ، والعرف كالشرط . وأما لو تطوع بأزيد من الحرث بعد العقد ، كالحفظ ، والسقى ، والتنقية ، والحصاد ، ونحوها ، فذلك جائز ، وله حصة من التبن لأنه شريك .

قوله : (غير مأمونة الرى) أى : كأرض المطر ، وأرض العين القليلة الماء .

قوله : (لأنه يكون تارة بيعا الخ) أى : لأنها بصدد أن تروى ، فيكون ما قبضه البائع ثمنا ، وبصدد ألا تروى ، فيكون ما قبضه سلفا .

قوله : (وهو كذلك) فإن قلت : إن التردد بين السلفية والثمنية موجود فى حالة النقد من غير شرط ، **قلت** : نعم ، إلا أنه لا يضر إلا إذا كان مع الشرط ، لأنه حينئذ يكون مدخولا عليه .

قوله : (أنها لو كانت مأمونة الرى) أى : كأرض النيل القريبة من البحر ، الشديدة الانخفاض ، وكأرض المطر في بلاد المشرق ، فيجوز عقد الكراء فيها على النقد ولو مع الشرط ، كما يجوز عقد كرائها ولو طالت المدة كالثلاثين سنة . وأما التى رويت بالفعل ، أو تحقق ريها ، وتمكن المكترى من زرعها ، فيجب نقد الكراء فيها حيث لم يشترط تأجيل الكراء ، وإلا عمل بالشرط . والمغمورة بالماء ويندر انكشافها ، يجوز كراؤها على تقدير انكشافها ، ولكن لايجوز النقد فيها ولو تطوعا ؛ وأما ما لا يمكن انكشافها عادة ، فلا يجوز عقد كرائها حتى تنكشف بالفعل .

قوله : (لجاز النقد) أى شرط النقد .

قوله : (عند ابن القاسم) وعند عبد الملك : أن أرض المطر لايجوز كراؤها إلا لعام واحد قرب إبانها ، ولا يجوز النقد فيها حتى تروى ؛ ولا حاجة إلى جلب تمام كلامه .

ولما أنهى الكلام على المزارعة ، عقبها بالجوائح ، جمع جائحة ، وهي : ما لا يستطاع دفعه كالبرد ، والريح ، والجيش . وعلى هذا لا يكون السارق جائحة ، لأنه يستطاع دفعه لو علم به ، ونقل الشيخ عن ابن القاسم : أن السارق جائحة ، وشهره صاحب المختصر أيضا ، وعليه تكون الجائحة الآفات السماوية ، والجيش ، والسارق ، ونحو ذلك .

ولها شروط ، منها ما أشار إليه بقوله : (وَمَنِ ابْتَاعَ) أى : اشترى (ثَمَرَةً)

قوله : (جمع جائحة) – بياء بعد الألف ثم حاء مهملة – تحقيق ، وعرفها ابن عرفة بقوله : ما أتلف من معجوز عن دفعه عادة قدرا من ثمر أو نبات بعد بيعه . قوله : من معجوز ، من لبيان الجنس . وقوله : قدرا ، مفعول أتلف ، وأطلق في القدر حتى يعم الثمار وغيرها ، إلا أن الثمار فيها شرط الثلث ، وأطلق فى الثمر ، ظاهره : أى : تمر كان ، وكذلك النبات كالبقول وما أشبهها – وهو كذلك – إلا أنه لا تحديد فى قدرها .

قوله : (ما لا يستطاع دفعه) أى : أن لو علم به .

قوله : (كالبرد) – بفتح الراء وسكونها – أى : وكالحر .

وقوله : (والجيش) أى : الكثير .

قوله : (وشهره صاحب المختصر) فيه أن صاحب المختصر حكى الخلاف ، فقال : وهل هى ما لا يستطاع دفعه : كسماوى ، وجيش ، أو وسارق ؟ خلاف .

قوله : (والسارق) محله مالم يعلم السارق وإلا فلا ، ويتبعه المشترى ولو معدما ، وقال ابن عرفة : والأظهر فى عدمه غير مرجو يسره عن قرب أنه جائحة ، وهو ظاهر المدونة .

قوله : (ولها شروط الخ) قال فى التحقيق : ولها شروط أربعة : أن تكون من بيع ، وأن تكون الثمرة قد بقيت على رؤوس الشجر ، وأن تكون بيعت مفردة ، وأن تكون مما أجيح الثلث . وقد أشار إلى الثلاثة الأول بقوله : ومن ابتاع ثمرة اهـ المراد منه .

فقوله هنا : (منها ما أشار الخ) وهى الثلاثة الأول ، أما الأول فظاهر ، وكذا الثالث ، لقوله فى التحقيق : وأما الشرط الثالث ، وهو كون الثمرة بيعت مفردة عن أصلها ، فأخذ من كلامه بالإرادة ، وهو صادق بصورتين : إحداهما : أن تباع الثمرة مفردة عن أصلها ، والأخرى : أن تشترى الثمرة مفردة ، ثم يشترى الأصل اهـ المراد منه . وأما الثانى : فلم يظهر لى أخذه من المصنف ، فتدبر .

من أى الثمار دون أصلها بعد الزهو قبل كمال طيبها (فى رؤوس الشَّجَرِ فأُجِيحَ بِبَرَدٍ) – بفتح الباءَ – وهو الحجر النازل مع المطر ، وذكر الفعل باعتبار المعنى ، أي : الشيء المشترَى (أَوْ) أجيح بـ(ـجَرَادٍ أَوْ جَلِيدٍ) وهو الماء الجامد فى زمان البرد له لمعان كالزجاج (أَوْ) أجيح بـ(ـغَيْرِهِ) أى : غير ما ذكر كالثلج ، والريح ، دخل فى عبارته الجيش ، والسارق ، (فَإِنْ أُجيحَ قَدْرُ الثُّلُثِ فأَكْثَرَ وُضِعَ عَنِ المُشْتَرِى قَدْرُ ذَلِكَ مِنَ الثَّمَنِ) لما رواه ابن وهب أن النبى ﷺ قال : « إِذَا بَاعَ ٱلْمَرْءُ الثَّمَرَةَ فَقَدْ وَجَبَ عَلَى صَاحِبِ المَالِ الضَّمَانُ » وقال به كثير من الصحابة ، والتابعين ، وعليه العمل (وَ) أما (مانَقَصَ عَنِ الثُّلُثِ فَمِنَ المُبْتَاعِ) أخذ من كلامه ثلاثة شروط لوضع الجائحة :

قوله : (دون أصلها) الصور أربع ، ما إذا اشترى الثمرة أولا دون أصلها ، أو اشتراها أوّلا ثم اشترى الأصول ثانيا ، فهاتان فيهما الجائحة ، وأما لو اشتراهما معا ، أو الأصل أوّلا ، ثم اشترى الثمار ، فهاتان لا جائحة فيهما ، فقول الشارح : دون أصلها ، أى : وقع العقد عليها أوّلا دون أصلها ، فيصدق بما إذا اشترى الأصل بعد ذلك أو لا .

قوله : (بعد الزهو) أى : بعد بدو الصلاح ، أو بيعت قبل بدو الصلاح على شرط الجذ ، أى : وحصلت الجائحة فى المدة التى يجذ فيها – على ما جرت به العادة – أو حصلت بعدها لعدم تمكنه من جذها فيها على عادتها .

قوله : (بفتح الباء) أى : والراء .

قوله : (وهو الحجر) أى : شيء يشبه الحجر ، لا أنه حجر .

قوله : (أو أجيح بجراد) جمع جرادة ، تقع على الذكر والأنثى كالبقرة ؛ سمى جرادا لأنه يجرد الأرض بأكل ما عليها .

قوله : (وهو الماء الجامد) أى : يجمد بعد نزوله .

قوله : (فإن أجيح قدر الثلث) ولو كان الثلث ملفقا من صيحانى وبرنى .

قوله : (وقال به كثير من الصحابة) المتبادر منه : أن الضمير يعود على وضع الجائحة بقيد ذهاب الثلث ، فمقابله ما للشافعى من وضعها مطلقا ، وما لأبى حنيفة من عدم وضعها مطلقا ، فيفهم منه : أن مقابل الكثير من الفريقين طائفتان .

وقوله : (وعليه العمل) أى : عمل أهل المدينة ، كما يستفاد من الموطأ ، ويحتمل أن

أحدها : أن يكون من بيع ، وشرطه أن يكون محضا ، احترازا من أن تكون الثمرة مهرا ، فإنها إذا أجيحت لا قيام لها بذلك على المشهور ، لأن النكاح مبنى على المكارمة ؛ ويشترط فى البيع أيضا أن تكون الثمرة مشتراة منفردة عن أصلها ، كما قيدنا به كلامه ، احترازاً من أن تكون مشتراة مع أصلها ، فإنها لا جائحة فيها على المشهور .

ثانيها : أن تكون الثمرة مبقاة على رؤوس الشجر ، لينتهي طيبها .

الضمير عائد على وضع الجائحة بدون قيده ، فيكون مقابل الكثير فرقة واحدة تقول بعدم الوضع مطلقا ، وربما يفهم من الموطأ . وحرر .

قوله : (أن يكون من بيع) ولو من عريته ، وصورتها : أعرى شخصا من حائطه ثمر نخلات معينة ، فإنه يجوز له ولمن قام مقامه أن يشتريها منه ، فإذا اشتراها منه بخرصها فأجيحت ، فإنه يجب وضع الجائحة عنه من الخرص .

قوله : (احترازا من أن تكون الثمرة مهرا) أى : ولا من هبة ، أو صدقة .

قوله : (لا قيام لها بذلك على المشهور) هذا خلاف ما شهره ابن رشد ، ورجحه ابن يونس وابن عبد السلام ، من أن الثمرة المدفوعة مهرا فيها الجائحة ، وهو المعتمد . فالأَوْلى للشارح أن يمشي عليه .

قوله : (كما قيدنا به) يفيد أنه لا يستفاد من المصنف ، أى : صريحا ، وإن فهم بالإرادة فلا ينافى ما تقدم .

قوله : (احترازا من أن تكون مشتراة مع أصلها) أى : أو اشترى الأصل ، ثم اشترى الثمرة فلا جائحة .

قوله : (فإنها لا جائحة فيها على المشهور) وقيل بثبوتها إن عظم خطرها ، قاله أصبغ . والمفهوم من الجواهر : أن هذه الصورة لا خلاف فى سقوط الجائحة فيها ، وإنما الخلاف فيما إذا اشترى الأصل ، ثم الثمرة بعد بدو صلاحها ، فقيل بوضع الجائحة ، وقيل بعدمه وهو الراجح .

قوله : (أن تكون الثمرة مبقاة على رؤوس الشجر الخ) أى : فإذا بيعت على الجذ فلا جائحة فيها .

ثالثها : أن يبلغ ماأجيح الثلث لا أقل ، لأن العادة جرت أن الهواء لابد أن يرمى بعض الثمرة ، ويأكل الطير منها وغير ذلك ، فقد دخل المبتاع على إصابة اليسير ، واليسير المحقق مادون الثلث ، ومراده بالثلث : ثلث المكيلة ، لا ثلث القيمة ، لأن الجائحة فى الثمرة إنما هي نقصانها وفسادها لارخصها : ألا ترى أن الثمرة لو لم تصبها آفة ، سوى رخصها ، فإنه لاقيام للمشتري بذلك ، فلا ينظر إلى ثلث القيمة ، وما ذكره من التحديد فى وضع الجائحة بالثلث محله إذا كان سبب الجائحة غير العطش ، أما إذا كان سببها العطش فلا تحديد بل يوضع قليلها وكثيرها ، كانت تشرب من العيون أو من السماء ، وظاهر كلامه : ثبوت الجائحة فيما ذكر ولو اشترط إسقاطها - وهو كذلك - لأنه إسقاط حق قبل وجوبه .

حاصله : أنه اختلف ، فروى سحنون عن ابن القاسم : أن فيها الجائحة وإن بيعت على الجذ . وروى أصبغ عن ابن القاسم : أنه لا يوضع إلا إذا بقيت لينتهى طيبها ؛ والمعول عليه رواية سحنون عن ابن القاسم ، لأن سحنونا أثبت من غيره ، فكان ينبغى للشارح أن يمشى عليه ، لأنها الجارية على مذهب المدونة ، ولا يخفى أن هذا الشرط لا يفهم من المصنف .

قوله : (ثلث المكيلة) أى : فأكثر ، ويلزم المشتري التمسك بالباق وإن قل ، بخلاف الاستحقاق . والفرق أن الجوائح لتكررها يعد المشترى كالداخل على ذلك ، ولندور الاستحقاق لم يدخل عليه ، ومثل ذهاب ثلث المكيلة : ذهاب ثلث القيمة فيما إذا تعيبت والعين قائمة ، فإذا أذهب التعييب ثلث القيمة ، وضع عن المشتري ثلث الثمن .

قوله : (لا ثلث القيمة) فإذا كان المجاح أقل من ثلث المكيلة فلا جائحة ، ولو ساوت قيمة ذلك الأقل نصف الثمن أو أكثر .

قوله : (وفسادها) أى : تغيرها وتعيبها وإن لم تهلك ، لكن فى ذهاب العين ينظر إلى ثلث المكيلة ، وفى التعييب ينظر إلى ثلث القيمة .

قوله : (أما إذا كان سببها العطش الخ) وهل يعتبر فى وضع جائحة العطش ، أن تكون الثمرة بقيت لينتهي طيبها ، وأن تكون اشتريت مفردة أم لا ؟ ويجرى هذا فى البقول أيضا ، لكن فيما يتصور فيه الإفراد كورق التوت قاله عج .

قوله : (بل يوضع قليلها وكثيرها) لأن السقى لما كان على البائع أشبه ما فيه حق توفية

تنبيهان : الأول : لو أجيح الثلث فأكثر ، لا خيار للبائع بأن يقول : خذ ثمنك ورد لي ثمري ، وكذا لا خيار للمشتري إذا أجيح النصف فأكثر ، بأن يقول له : خذ ثمرك واردد عليّ ثمنى ؛ وإنما يرجع بقدر مافسد إن كان الثلث فأكثر .

الثانى : لو كان فى الحائط صنفان – مثلا – كبرنى وصيحانى ، وأصيب أحدهما ، اعتبر الثلث من الجميع لامن المصاب فقط .

ثم شرع يبين ما لا جائحة فيه ، فقال : (وَلا جائحَةَ فى الزَّرْعِ) . لأنه لا يباع إلا بعد يبسه (وَ) كذا (لَا) جائحة (فِيمَا اشْتُرِىَ بَعْدَ أَن يَبِسَ مِنَ الثِّمَارِ وَتُوضَعُ جَائِحَةُ الْبُقُولِ) كالبصل والسلق (وَإِنْ قَلَّتْ) على المشهور ، لأن غالبها من العطش (وَقِيلَ لَا يُوضَعُ إِلَّا) إذا كانت (قَدْرَ الثُّلُثِ) .

قوله : (وأصيب أحدهما) أى : أو أجيح بعض من كل .

قوله : (لأنه لا يباع إلا بعد يبسه الخ) فتأخيره محض تفريط من المشترى ، فلا يوضع عنه شيء من الثمن .

قوله : (ولا جائحة فيما اشترى بعد أن يبس من الثمار) قضيته أنه إذا اشترى قبل اليبس فيه الجائحة ، وفي ذلك تفصيل ، **وحاصله** : أن ما اشترى قبل بدو الصلاح فيه الجائحة ويجوز بيعه ، بشرط القطع وفيه الجائحة أيام جذاذه ، أو تأخر لعذر لا لغيره ، وكذا ما كان بعد بدو الصلاح فيه الجائحة ، ولو تناهى طيبه وجذ فى أيامه لا إن تأخر ، هذا إذا اشترى على التبقية ، وأما إذا اشترى بعد بدو الصلاح على القطع ، ففيه الجائحة أيام جذاذه ، لا إن بقى حتى انتهى طيبه .

قوله : (كالبصل والسلق) **الحاصل** : أن البقول عبارة عما لا تطول مدته فى الأرض : كالبصل ، والخس ، والجزر ، والسلق ، والكزبرة .

قوله : (وإن قلت) إلا أن يكون المجاح شيئاً قليلا جدا ، وإنما وضعت وإن قلت لعسر معرفة ثلثها ، لأنها تقطع شيئا فشيئا .

قوله : (وقيل لا يوضع الخ) ضعيف ، والمعتمد الأول ، وهو أنها توضع مطلقا .

تنبيه : فيه إشارة إلى جواز بيع مغيب الأصل : كالجزر والبصل ، وهل يكتفي رؤية ظاهره ، لأنه برؤية ورقه يستدل على مافي الأرض من كبر أو صغر ، على ماهو معروف لأهل

ثم عقب الجوائح بالعرايا ، وهى آخر ما ذكره مما شاكل البيوعَ وهى جمع عرية – بتشديد الياء – مشتقة من : عروته أعروه : إذا طلبت معروفه ، فهى فعيلة بمعنى مفعولة ، أي : عطية .

وهى فى الاصطلاح : أن يمنح الرجل الآخر ثمر نخلة أو نخلات العام والعامين يأكلها هو وعياله ، ثم يشتريها منه .

الخبرة ، وهو ما عليه الناصر ، أو لابد من قلع شيء منه ويراه المشترى ؟ وهو ظاهر ابن رشد ، وغيره .

قوله : (بالعرايا) أى ببيع العرايا .

قوله : (مما شاكل البيوع) قد يقال : إن بيعها بيع حقيقة لا مما شاكل البيوع ، غاية الأمر أنه مستثنى وإن أراد ذات العرية فنقول : هى عطية من العطايا .

قوله : (من عروته) أى : مصدر عروته ، أى : عروا ، إذ هو من باب قتل كما فى المصباح .

قوله : (أى عطية) تفسير لقوله عرية باللازم ، لأن المناسب لقوله : إذا طلبت معروفه ، حيث يريد المعنى الحقيقى ، أن يقول : أي طليبة بمعنى مطلوبة ؛ وعرية أصلها عريوة ، اجتمعت الواو والياء وسبقت إحداهما بالسكون ، فتقلب الواو ياء وتدغم الياء فى الياء ؛ ومفاده أن معناها اللغوى : مطلق عطية ، والظاهر عطية مخصوصة ، ففى المصباح : العرية : النخلة يعريها صاحبها غيره ليأكل ثمرتها فيعروها ، أى : يأتيها ، فعيلة بمعنى مفعوله ، ودخلت الهاء عليها لأنها ذهب بها مذهب الأسماء مثل : النطيحة ، والأكيلة ، فإذا جيء بها مع النخلة حذفت الهاء ، وقيل نخلة عرى كما يقال امرأة قتيل .

قوله : (أن يمنح الرجل الخ) مفاده : أن العرية اصطلاحا : نفس إعطاء الثمرة لانفس الثمرة ، وهو موافق لقول المازرى ، هل هي هبة الثمرة ؟ وهو خلاف الصواب ، والصواب ما عرفها به ابن عرفة : من أنها مامنح من ثمر تيبس لإطلاق روايات الحديث بإضافة البيع لها ، أفاده الأبى .

قوله : (الرجل) أى : – مثلا – وكذا ما بعده .

قوله : (ثمر نخله) أى : من جنانه ، وأما لو أعرى رجلا ثمر نخل آخر لكانت عرية باطلة ، لأن تبرع الإنسان بملك الغير باطل ، وإن أجاز ذلك كان ابتداء عطية منه ، بخلاف بيع ملك الغير بغير إذنه فيمضي بأجازته ، لأنه فى مقابلة عوض .

قوله : (ثم يشتريها) ظاهره ، دخول حقيقة الشراء فى حقيقة العرية ، وليس كذلك ،

وحكمها : الرخصة ، مستثناة من أصول ممنوعة من ربا الفضل وربا النساء ، ومن رجوع الإنسان فى هبته ، ومن المزابنة لأنها بيع معلوم بمجهول من جنسه .

والأصل فيها مافى الصحيحين : « أَنَّهُ صلى الله عليه وسلم أَرْخَصَ فِي بَيْعِ ٱلْعَرَايَا بِخِرْصِهَا مِنَ ٱلتَّمْرِ بِمَا دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ أَوْ فى خَمْسَةِ أَوْسُقٍ

وقضيته أيضا : أنه إذا أعراه عامين – مثلا – يسوغ له أن يشتريها منه الآن قبل وجودها ، مع أنه لابد أن يكون الشراء بعد الزهو ، كما يأتى . والجواب : أنه أراد الشراء الشرعى ، ولا يكون إلا بعد بدو الصلاح .

قوله : (وحكمها الرخصة) أى : من حيث بيعها .

وقوله : (أصول) أى : قواعد معلومة ، وجعل تلك الأشياء قواعد تسامح لأن القاعدة إنما هى الربا حرام .

قوله : (من ربا الفضل) إن أريد بالتفاضل تحققه ، نافى قوله الآتي : وكان بخرصها ، وإن أريد به على تقديرها ، فهو من المزابنة . وقد ذكرها بعد ، إلا أن يقال المزابنة عبارة عن المغالبة ، أى : المنظور له المغالبة بخلاف التفاضل ، وعبارة تت مستثناة من أصول ممنوعة : ربا الفضل لأنه يشتريها بنوعها كيلا من غير تحقق المماثلة ، والشك فيها كتحقق المفاضلة .

قوله : (ومن رجوع الإنسان فى هبته) لكن المذهب أن الرجوع فى الهبة مكروه .

قوله : (ومن المزابنة) أى : المغالبة ، أى : فى الجملة فلا ينافي قوله : وكان بخرصها ، وقد يقال : إنه إذا جذها فوجدها أكثر ، فإنه يرد الزائد ، وأجيب : بأنها مزابنة ابتداء ، وإن طلبت المماثلة برد الزائد بعد ذلك .

قوله : (لأنها بيع) أى : بيعها بيع .

قوله : (أرخص) بهمزة قبل الراء الساكنة من الإرخاص .

قوله : (بخرصها) أى : بكيلها .

قوله : (بما دون) أى : فيما دون ، وهو الذي فى الموطأ ومسلم ، والذي فى البخارى : « رَخَّصَ فِى بَيْعِ ٱلعَرَايَا فِى خَمْسَةِ أَوْسُقٍ أَوْ دُونَ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ » .

قوله : (أوسق) جمع وسق – بفتح الواو على الأفصح – وهو ستون صاعا .

الشك من شيخ مالك ، وفى رواية لهما : « أَنَّهُ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثَّمَرِ بِالتَّمْرِ إِلَّا أَنَّهُ أَرْخَصَ فِي ٱلْعَرَايَا أَنْ تُبَاعَ بِخَرْصِهَا تَمْراً يَأْكُلُهَا أَهْلُهَا رَطْبًا » [1] .

ولها شروط :

أحدها : أن تكون بلفظ العرية ، وأخذ هذا من قوله : (وَمَنْ أَعْرَى) فلو أعطاه بلفظ الهبة ونحوها لم يجز .

ثانيها : أن تكون مما ييبس ويدخر ، أخذ هذا من قوله : (ثَمَرَ نَخَلَاتٍ)

قوله : (الشك من شيخ مالك) هو داود بن الحصين ، هل قال شيخه – أبو سفيان – خمسة أوسق أو دون خمسة أوسق ؟ وبسبب هذا الشك اختلف قول الإمام ، فقصر فى المشهور الحكم على خمسة أوسق فأقل ، اتباعا لما وجد عليه العمل ، وعنه أيضا قصر الجواز على أربعة فأقل عملاً بالمحقق ، لأن الخمسة شك فيها ، والعرايا رخصة أصلها المنع ، فيقصر الجواز على المحقق .

تنبيه : صرح بعضهم بأن الرخصة متعلقه بالمعرى – بالكسر – والمعرى – بالفتح .

قوله : (عن بيع الثمر) – بالثاء المثلثة – والمراد الرطب .

وقوله : (بالتمر) – بالتاء المثناة – فوق اليابس .

قوله : (يأكلها أهلها) أى : المشترون الذين صاروا ملاكا للثمرة ، أى : المعرى وعياله رطبا – بضم الراء وفتح الطاء – وليس التقييد بالأكل قيدا بل لبيان الواقع .

قوله : (ولها شروط) أى : لبيعها شروط :

قوله : (أن تكون بلفظ العرية) كأعرتك ، وأنت معرى ، لا بلفظ العطية ، أو الهبة ، والمنحة .

قوله : (أن تكون مما ييبس) أى : بالفعل إذا تركت ، ولا يكتفى بيبس نوعها ، وذلك كثمر نخل غير مصر ، لا ثمر ماذكر في أرض مصر ، ولا فى موز ، ولا رمان ، ولا تفاح ، لأنها لا تيبس .

وقوله : (ويدخر) المراد : أن شأن اليابس أن يدخر ، وليس المراد أنه لابد من الادخار بالفعل .

قوله : (أخذ هذا الخ) فيه نظر لأن ثمر النخل قد لاييبس كنخل مصر .

---

(١) الموطأ : ٦٢٠/٢ البخارى : كتاب المساقاة : ٣٢٠/١ – مسلم : كتاب البيوع باب العرايا – ٨/٢ ، ٩ وفيه يشك داود : قال خمسة أو دون خمسة ؟

وقوله : (لِرَجُلٍ مِنْ جِنَانِهِ) الرجل ليس بشرط بل وكذلك المرأة ، والصبى ، والعبد .

ثالثها : أن يكون مشتريها معريها ، أو من تنزل منزلته .

رابعها : أن يكون المُشتَرى جملتها لا بعضها ، وأخذ هذا من قوله : (فَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْتَرِيهَا)

خامسها : أن يبدو صلاحها ، وإليه أشار بقوله : (إِذَا أَزْهَتْ) أى : بدا صلاح ما هى فيه من ثمر أو غيره .

قوله : (من جنانه) قال ابن عمر : انظر هذا هل هو شرط أم لا حتى لو أعرى له ثمر الجنان كله ؟ هل له أن يشتريها منه أم لا ؟ وهذا على اختلافهم فى العلة ، هل هى الضرورة أو كفاية المؤنة ؟ وقال **ق** : قوله : من جنانه ، ظاهره ولو أعرى له نخلات متفرقة من جنان غيره ، لم يجز شراؤها بخرصها وفيه خلاف اهـ .

قوله : (ثالثها أن يكون مشتريها معريها أو من تنزل منزلته) أى : من وارث ، وموهوب ، ومشتر للأصول مع الثمار ، أو للأصول فقط ، بل وإن قام مقامه باشتراء بقية الثمرة التي وقعت العرية فى بعضها فقط دون أصلها ، فيشترى من المعرى – بالفتح – ومن تنزل منزلته ببيع أو غيره لا من غاصبها .

قوله : (أن يكون المشترى جملتها لا بعضها) اعلم : أن من شروطها أن يكون الشراء لأحد أمرين : على البدل عند مالك وابن القاسم ، لدفع الضرر بدخول المعرى – بالفتح – وخروجه عليه ، واطلاعه على ما لا يريد اطلاعه – أو **للمعروف** بالرفق بالمعرى – بالفتح – بكفايته ، وحراسته ، ومؤنته ؛ فحينئذ فلا يجوز شراؤها لغيرهما كالتجر ، وبه صرح اللخمى .

إذا تقرر ذلك فيجوز للمشتري أن يشترى بعضها ، وإليه ذهب خليل فقال : يشترى بعضها بناء على ملاحظة المعروف – الذى هو أحد الأمرين – نعم اختلاف بين عبد الملك واللخمى ، فعلل عبد الملك بدفع الضرر ، ونقل اللخمي التعليل بالمعروف – فكلام الشارح آت على كلام عبد الملك ، ولو جاء على طريق مالك وابن القاسم لكان أحسن .

قوله : (يبدو صلاحها) أى : حين الشراء ، نص على هذا ، وإن لم يكن خاصا بالعرية ، لئلا يتوهم عدم اشتراطه لأجل الرخصة ، لاسيما وقد قال الباجى بعدم اشتراطه ، وفسر الزهو : ببدو الصلاح وعمم ، إشارة إلى أن الثمرة غير مختصة بالبلح المختص بالزهو الذى هو الإحمرار أو الإصفرار .

سادسها : ألا يشتريها إلا (بِخِرْصِهَا) – بكسر الخاء – كما تقدم بالحديث ، أى : بكيلها وصورة ذلك : أن يقال : كم فى هذه النخلة من وسق ؟ فيقال : كذا وكذا ، وهلم إلى خمسة أوسق أو غير ذلك ؛ ثم يقال : كم ينقص ذلك إذا جف ؟ فيقال : وسق واحد أو أكثر ، فإن كان الباقى بعد ذلك خمسة أوسق فأقل جاز – كما سينص عليه – ويعطى المعري – بالكسر – وهو واهب الثمرة ذلك عند جذاذ الثمرة ، وإن كان أكثر من ذلك لم يجز .

سابعها : أن يكون المشترَى به من نوع العرية ، وإليه أشار بقوله : (تَمْرًا) يريد : من نوعه : إن صيحانيا فصيحانى ، وإن برنيا فبرنى ، مساو له فى الجودة والرداءة .

قوله : (أى بدا صلاح ماهى فيه) أى : ما العرية فيه ، ظاهره : أنه لو بدا صلاح ما عداها من الثمر ، ولم يبد صلاحها هى أنه يصح بيعها ، وهو تابع لغيره فى ذلك ، والمفهوم من كلام ابن العربى ، وخليل ، وما وقفت عليه من شراحه ، أن المراد : بدو صلاحها هى

قوله : (بكسر الخاء) وأما بفتحها ، فهو اسم للفعل .

قوله : (أى بكيلها) أى : بقدر كيلها ، أى : لا بأقل ولا بأكثر ، وحينئذ يصلح جعله شرطا ، وليس الكيل شرطا ، لأن جعله شرطا يقتضى أنها لاتباع بغير خرصها ، وهو خلاف المذهب ، إذ يجوز شراؤها بالعين والعرض .

قوله : (ويعطى المعرى الخ) المراد : أن لا يدخلا على شرط تعجيلها بل دخلا على التوفية عند الجذاذ ، أو سكتا ، فالمضر الدخول على شرط تعجيلها ، وأما تعجيلها من غير شرط فلا يضر ، وهل يجبر الموهوب على الأخذ ؟ أشار ابن يونس إلى أنه يخرج على قولين فى أنها كالقرض أو كالبيع اهـ فإن وقع على شرط تعجيلها فسخ ، فإن جذها رطبا رد مثله إن وجد وإلا فقيمتها – كما هو ظاهر – والجذاذ – بالمهملة والمعجمة – هو قطع ثمار النخل .

وقوله : (ذلك) أى : مقابل ذلك .

قوله : (وإليه أشار الخ) لايخفى أن مفاد هذا : أن الإشارة لمعونة الإرادة وهو بعيد .

قوله : (إن صيحانيا الخ) فلا يباع صيحانى ببرنى ، ولا جيد بردىء ، هذا مدلوله ؛ وفيه إجمال ، بين ابن عمر المراد بقوله : وإن اشتراها بما هو أطيب من نوعها ، مثل : أن يعطيه فيها أعلى ذلك النوع ، فإن كان ليكفيه مؤنتها فذلك جائز ، وإن كان إنما اشتراها ليدفع الضرر ، فلا يجوز ؛ وإن كان يعطيه الأدنى من ذلك النوع فلا يجوز ، لأنه كأنه أسلف رديئا ليأخذ طيبا اهـ .

ثامنها : أن يكون العوض مؤخرا إلى الجذاذ .

تاسعها : أن يكون الثمن فى ذمة المعرى ، وإليهما أشار بقوله : (يُعْطِيهِ ذَلِكَ عِنْدَ الجَذَاذِ) .

عاشرها : أن تكون الثمرة المشتراة خمسة أوسق فأقل ، وإليه أشار بقوله (إِنْ كَانَ فِيهَا خَمْسَةُ أَوْسُقٍ فَأَقَلُّ وَلَا يَجُوزُ) للمعرى ولا لغيره (شِرَاءُ أَكْثَرَ مِنْ خَمْسَةِ أَوْسُقٍ إِلَّا بِالْعَيْنِ وَالْعَرْضِ) نقدا ، أو إلى أجل .

* * *

قوله : (ثامنها أن يكون العوض الخ) مستغنى عنه بقوله يعطى الخ .

قوله : (أن يكون الثمن فى ذمة المعرى) أى : لا فى حائط معين اتباعا للرخصة ، فإن وقع ذلك فسخ ، لأنه بيع فاسد .

وقول الشارح (وإليهما أشار الخ) فيه نظر ، لأن الإعطاء عند الجذاذ يتحقق ولو بالإعطاء من أشجار معينة .

قوله : (أن تكون الثمرة المشتراة خمسة أوسق) أى : وإن كانت العرية أكثر ، وهذا فى العرية الواحدة ، وأما لو أعراه عرايا فى حوائط فى عقود متعددة فى أزمنة مختلفة ، لجاز أن يشترى من كل حائط خمسة أوسق ، لا إن كانت بعقد واحد ، أو عقود فى زمن واحد ، فكعرية واحدة لا يشترى منها إلا خمسة أوسق ، ولا فرق فى هذا كله بين تعدد المعرى - بالفتح - واتحاده على ظاهر كلام خليل .

قوله : (إلا بالعين) أى : يشتريها كلها بالعين ، أو العرض ، وأما لو أراد أن يشترى من الأكثر خمسة أوسق بخرصها ، والزائد بعين أو عرض فإنه لا يجوز .

* * *

[بَابٌ فى الْوَصَايَا وَالمُدبَّرِ وَالمُكَاتَبِ وَالمُعْتَقِ وَأُمِّ الْوَلَدِ وَالْوَلَاءِ]

ذكر فى هذه الترجمة ستة أشياء ، لكل منها حقيقة ، وحكم ، وغير ذلك يأتى فى محله .

(باب فى الوصايا)

هو أول الثلث الثالث – كما فى التحقيق – أي باب فى أحكام الوصايا ، وأحكام المدبر من حيث تدبيره ، وكذا يقال فى كل مما بعده ما يناسبه .

قوله : (لكل منها حقيقة وحكم) لا يخفى أن الأول هو الوصايا ، فتكلم الشارح على الحقيقة ، وبين مراد المصنف من حيث الحكم ، وذكر المصنف حقيقة التدبير ، والشارح على حكمه ، وتكلم الشارح على حقيقة الكتابة ، والمصنف على حكمها ؛ وذكر الشارح حقيقة أم الولد ، أى تعريفها ، وتكلم المصنف على حكمها ، وهو : إباحة الاستمتاع بها ، وتكلم الشارح على حقيقة وحكم العتق ، وأما الأخير الذي هو الولاء فبين المصنف حكمه بقوله : الولاء لمن أعتق ، ونقل حقيقته عن الرسول ، وهو : أن الولاء لحمة الخ ، وبما تقرر ، يعلم ما فى كلام الشارح من التسامح من غير وجه .

وقوله : (وغير ذلك) أى : من المسائل المتعلقة بكل .

قوله : (وهى في عرف الفقهاء الخ) أى : لا الفراض ، أى : وأما الوصية عند الفراض ، فهى : عقد يوجب حقا فى ثلث عاقده فقط ، فالوصية عند الفقهاء أعم من الوصية عند الفراض ، لأن الوصية عند الفراض ، قاصرة على الإيصاء بما فيه حق ، وأما عند الفقهاء فتتنوع إلى : **وصية نيابة** عن الموصي : كالإيصاء على الأطفال ، وعلى قبض الديون ، وتفرقة التركة ، **والنوع الثانى** : أن يوصى بثلث ماله للفقراء ، أو بعتق عبده ، أو قضاء دينه .

والمصنف والشارح لم يتكلما على النيابة ، ونحن نوضحها ، **فنقول** : هى ماأوجب نيابة عن الموصى بعد موته ، كإيصائه على أولاده ، وإذا قصرت الصيغة عمت ، وإن طالت

أما الوصايا : فجمع وصية ، وهى فى عرف الفقهاء : عقد يوجب حقا فى ثلث عاقده ، يلزم بموته ، أو نيابة عنه بعده .

خصت ، **فالأول** : كاشهدوا على أن زيدا وصيي ولم يزد على ذلك فإنه يكون وصيا عاماً فى جميع الأشياء ، فيزوج صغار بنيه لمصلحة ، والبنات إذا بلغن ، وأذن بالقول إلا أن يأمره الوصى بالإجبار ، أو يعين له الزوج على ماتقدم ، **والثانى** : كما إذا قال : وصيى على الشىء الفلانى ، فإنها تختص بذلك الذي سماه ، والذى يوصى على المحجور عليه الأب الرشيد ، أو وصيه ، أوصى الوصى ، أو الحاكم ؛ وكذا الأم لها الإيصاء على الصغير ، بشروط : قلة المال ، وعدم ولى الصغير ، وأن يكون المال موروثا من الأم .

ويشترط فى الموصى له : الإسلام ، والتكليف ، والعدل ، والقدرة على القيام بما يتعلق بالمحجور عليه ، ولو كان الوصى أعمى ، أو امرأة ، أو عبدا ، ويتصرف بإذن سيده .

وليس للوصى عزل نفسه بعد القبول وموت الموصى ، وإنما يعزله الفسق والعجز ؛ هذا وصى النظر ؛ وأما لو أوصى على عتق عبد ، أو تفرقة ثلث ، فلا يشترط فيه العدالة تأمله .

قوله : (يوجب حقا فى ثلث) الخ أخرج به مايوجب حقا فى رأس ماله مما عقده على نفسه فى صحته ، فإن قلت : قولهم : تجب إذا كان على الموصى دين ، يعارض هذا إذا لم يوجب العقد حقا فى ثلث عاقده بل فى جميع ماله ؟ **قلت** : أجيب : بأن الدين إن لم يعلم إلا بإقراره ، فهو وصية تخرج من الثلث ، وإن كان ثابتا بالبينة فالوصية لم توجبه عليه ، وإنما أوجبه عليه البينة .

قوله : (يلزم بموته) صفة لعقد ، أخرج به المرأة إذا وهبت ، أو التزمت ثلث مالها ، ولها زوج ، أو من التزم ثلث ماله لشخص ، فإنه يلزم من غير موت .

قوله : (أو نيابة عنه) اعلم : أنه إذا أريد بالنيابة ، فعلى الوصى مااستنابه الأب فيه من التصرف على أولاده ، والنظر فى أمرهم ، كانت غير عقد . وإن أريد بها استنابة الأب الوصى فى التصرف المذكور كانت عقدا .

فقوله : (أو نيابة عنه) منصوب على الأول ، إذ المعنى : عقد يوجب حقا الخ ، ويوجب نيابة عنه الخ ؛ وأما على الثانى ، فهو : مرفوع بالعطف على قوله : عقد ؛ والأول أظهر ، لأن كون النيابة معناها العقد الخاص خلاف مايفيده قولهم فى الوكالة : صحت الوكالة فى قابل النيابة ، ونحو ذلك . ولهذا ذهب ابن مرزوق إلى نصب نيابة قاله : **عج** .

واختلف : هل هي واجبة أو مندوبة ؟ وإليه ذهب أكثر العلماء ، وعليه حمل بعضهم قول الشيخ : (وَيَحِقُّ) بكسر الحاء وفتحها ، وفتح الياء وضمها (عَلَى مَنْ لَهُ مَا) أي : مال . (يُوصِي فِيهِ أَنْ يُعِدَّ) – بضم الياء – أي : يستعد

قوله : (وإليه ذهب أكثر العلماء) أي : وذهب إلى الوجوب الأقل وهم أهل الظاهر ، أفاده في التحقيق .

قوله : (وعليه حمل بعضهم) أي : وبعضهم حمله على الوجوب ، أي : ويحمل على الوصية الواجبة كما أفاده أبو محمد صالح ، كأن يكون عليه حق ، ويخشى إن لم يوص ضياعه .

قوله : (وفتح الياء) راجع لكسر الحاء ، أي : يثبت ، فهو من باب ضرب ، ويصح أن يكون من باب قتل ، أفاد ذلك المصباح بقوله : حق الشيءُ : من باب ضرب وقتل إذا وجب وثبت اهـ أي : فالفعل لازم أسند لفاعله ، وهو أن يعد .

وقوله : (وضمها) راجع لفتح الحاء ، أي : مبنيا للمفعول ، ونائب الفاعل هو قوله : أن يعد ، أي : يثبت إعداد الوصية : أي : أن الشارع أثبت إعداد الوصية على من له مال ؛ كما أفاده المصباح بقوله : وحققت الأمر أحقه : إذا جعلته ثابتا لازما ، وفي لغة بني تميم : أحققته بالألف وحققته بالتثقيل مبالغة اهـ .

وحاصل : المراد من ذلك : أنه يندب لمن له مال أن يوصي إذ كان بقربة غير واجبة ، وقد تجب إذا كان يخشى بعدمها ضياع الحق على أربابه ؛ وتحرم بمحرم كالنياحة ، ونحوها كالإيصاء بالصلاة والصوم ؛ وتكره بمكروه ، أو في مال فقير ، وتباح إذا كانت بمباح من بيع أو شراء .

وإنفاذها ينقسم إلى تلك الأقسام ، أي : من الموصي نفسه وأما متولي أمر التركة بعد موت الموصي ، فيجب عليه تنفيذه حتى المباحة والمكروهة كالإيصاء بالقراءة على قبره .

قوله : (يوصي فيه) أي : تجوز الوصية فيه ، والظاهر ، أنه احترز عن مال لاتجوز الوصية فيه ، كأن يكون عليه ديون ، فإنه لا تجوز له الوصية بما فيه قربة حينئذ ، إذ قضاؤها واجب ، لا محترزه : ما كان قليلا ، مما يأتي بيانه ، عن عليّ وغيره ، فلا ينافي قوله الآتي : وظاهر كلامه الخ ، فتدبره .

قوله : (بضم الياء) قال في التحقيق بعد ذلك : ماضيه أعد من الاستعداد ، أي : يستعدها إلى آخر ماذكر هنا ، أي : يهيئ وصيته .

وقوله : (ويحضرها الخ) تفسير لقوله : أي يستعد ، ولا يخفى أن المدار على الإشهاد ، وإن لم يحضرها إذا كانت معروفة ، ولا يخفى أيضا أن مفاد المصنف بحل الشارح المذكور : أن

(وَصِيَّتَهُ) ويحضرها ، ويشهد عليها ، فإن لم يشهد عليها فهي باطلة ، ولو وجدت بخطه إلا أن يقول : ما وجدتم بخط يدى فأنفذوه ، فإنه ينفذ . وظاهر كلامه : صحة وصية السفيه ؛ والصبى ، وقيد ابن الحاجب صحتها من الصبي بالتمييز ، فقال : وتصح من السفيه المبذر ، والصبى المميز إذا عقل القربة ولم يخلط فيها . واحترز بالمميز من غيره ، فإن وصيته لا تصح اتفاقا . وفسر اللخمى عدم الاختلاط : بأن يوصى بما فيه قربة لله تعالى ، أو صلة رحم . وظاهر كلامه : أنه لا تحديد للمال الموصى فيه – وهو كذلك .

الطلب ليس متعلقا بأصل الوصية ، وإنما هو متعلق بتهيئتها ، وليس كذلك ، بل المراد أن الندب متعلق بأصل الوصية ، كما أفدناه سابقا .

قوله : (إلا أن يقول الخ) **حاصله** : أنها تصح فى صورتين : إذا أشهد ، أو قال : ماوجدتم بخطي فأنفذوه ، حيث ثبت أنه خطه ، ومثل ذلك : ما إذا قرأها عليهم ، فإن أشهد ، أو قال أنفذوها ، صحت ، وإلا فلا . وماضيه أنفذ رباعى ، ويقال : نفّذوه من نفّذ ، مشددا .

قوله : (وظاهر كلامه صحة الخ) إنما صحت وصيتهما ، لأن الحجر عليهما لحق أنفسهما ، فلو حجر عليهما فى الوصية لكان الحجر لحق الغير .

قوله : (المبذر) وصف كاشف ، أى : فالسفيه هو من يصرف ماله فى الشهوات واللذات ولو مباحة .

قوله : (إذا عقل القربة) أى : عقل أن فاعلها يثاب ، والظاهر : أن أل ، فى القربة للعهد ، أى : القربة المعهودة التى هى الوصية ، وظاهره : أنه شرط لابد منه .

قوله : (وفسر اللخمي الخ) أى : وفسره غيره بألا يعرف ما ابتدأ به .

قوله : (بما فيه قربة لله تعالى) أى : غير صلة رحم .

قوله : (وظاهر كلامه الخ) ومقابله : ماروى عن علىّ – رضى الله عنه : « إِذَا كَانَ ٱلْمَالُ سَبْعَمِائَةِ دِرْهَمٍ لَاوَصِيَّةَ فِيهِ وَإِذَا كَانَ أَلْفاً فِيهِ ٱلْوَصِيَّةَ » وعن عائشة – رضى الله عنها – « لَاوَصِيَةَ فِى ثَلَاثَةِ آلَافِ دِرْهَمٍ » ، وعن ابن عباس – رضى الله عنه – « لَاوَصِيَةَ فِى ثَمَانِمِائَةِ دِرْهَمٍ » .

ولها أربعة أركان :

الأول :المُوصي ، ويشترط فيه أن يكون حرا ، مميزا ، مالكا ملكا تاما ، واحترز بهذا الأخير من مستغرق الذمة .

الثانى : المُوصَى له ، ويشترط فيه أن يكون ممن يتصور منه أن يملك ، فتصح للحمل الثابت ، ولحمل سيكون ؛ واستثنوا من قولهم يتصور منه أن يملك :

قوله : (حُرا) أى : فالعبد ولو بشائبة لا تصح وصيته .

قوله : (مميزا) أى : فغير المميز لا تصح وصيته ، فلو ادعى وارث الصبي أنه كان غير مميز حين الوصية ، وخالفهم الموصَى له ، فالقول قول الورثة ، ذكره الخرشي عن تقرير .

قوله : (مالكا) خرج غير المالك ، فلا تصح وصية الوكيل فى مال غيره وشبهه .

قوله : (واحترز بهذا الأخير) وهو قوله : ملكا تاما ، وقضيته : أن مستغرق الذمة مالك ، إلا أن ملكه غير تام ، ولا يظهر ، لأنه ليس مالكا أصلا إلا أن يريد مالكا بحسب الظاهر ، وخرج أيضا بقيد التمام المرتد .

قوله : (من مستغرق الذمة) أى : فوصيته غير صحيحة وإذا بطلت فلا يرجع ماله ميراثا بل يكون في الفيء إلا ماثبت كسبه بمال حلال فتصح .

تنبيهان : **الأول** : ماقررنا به كلامه من عدم صحة وصية العبد ، وغير المالك ، ومستغرق الذمة ، ليس متفقا عليه ، فقد ذكر بعض : مايفيد صحتها من العبد ، وغير المالك ، إلا أنها متوقفة على إجازة المالك .

الثانى : لم يتكلم الشارح على اشتراط الإسلام ، إشارة إلى أن الكافر تصح وصيته ، حيث كان حرا ، مميزا ، مالكا ملكا تاما ، إلا إن أوصى بشيء لمسلم ، لايملكه المسلم : كخمر ونحوه ، وأما إذا أوصى بذلك لكافر ، فإن وصيته تصح ، لأن الكافر يملك ذلك ؛ وانظر هل ثمرة صحتها بذلك له الحكم به ، وبإنفاذها إن ترافعوا إلينا ، أو لا يجوز الحكم بذلك ؟ وأما وصايا المرتد فباطلة ، وإن تقدمت حال إسلامه كما فى **تت** .

قوله : (ممن يتصور) مبنى للفاعل .

وقوله : (أن يملك) فاعل به ، أى : مما يمكن فيه الملك ، أو مبنى للمفعول وأراد به التصديق ، أى : يصدق بملكه .

قوله : (فتصح للحمل الثابت الخ) ويستحق الوصية إن استهل صارخا ،

الوصية للمسجد ، والقنطرة ، ونحوهما ، فإنها وصية لمن لا يملك ، وهي صحيحة على المذهب ، وكذلك الوصية للميت صحيحة ، بشرط أن يعلم المُوصي بموته ، فإن كان عليه دين صرفت فيه ، وإلا فتكون لورثته .

الثالث : الموصَى به ، وهو كل ما يصح أن يتملكه المُوصى له ، فلا تصح بخمر

وإلا بطلت . وغلة الموصى به قبل وجود الموصى له للورثة ، إذ الولد لا يملك إلا بعد وضعه ، وتحقق الحياة فيه ، فإن لم يستهل صارخا لا يستحق الوصية ، وترد ، وإذا وضعت أكثر من واحد ، فإن الوصية توزع على عدد الوضع - الذكر كالأنثى - وهذا عند الإطلاق ، إلا أن ينص على التفصيل ، فيرجع إليه .

ثم حيث تعلقت الوصية بمن يولد له مستقبلا ، فينتظر بها الإياس من ولادته ، فترجع بعده للموصَى ، أو لوارثه ، ويدخل في الموصى له الذمى ، فالوصية تصح له ، وإن لم تظهر قربة ، لا حربى .

قوله : (الوصية للمسجد الخ) **حاصله** : أن الوصية للمسجد - وما ذكر معه - تصح ، ويصرف ذلك الشيء الموصى به فى مصالح تلك الأشياء ، من مرمته ، وحصره ، وزيته ، كخدمته من مؤذن ، وإمام ، ونحوهما ، فيما زاد على ذلك ، أو فيما لم يحتج لما مر ، احتاجوا أم لا . هذا إذا اقتضى العرف ذلك ، فإذا اقتضى أن القصد : مجاوروه كالجامع الأزهر ، صرف لهم ، لا لمرمته وحصره ، ونحوهما .

قوله : (على المذهب) أى : خلافا لمن يقول ليست بصحيحة .

قوله : (بشرط أن يعلم الموصى بموته) فإن لم يعلم بموته ، فإنها لاتصح إذ الميت لايصلح تملكه .

قوله : (وإلا فتكون لورثته) فإن لم يكن له وارث خاص ، بل بيت المال ، بطلت . كما إذا لم يعلم بموته ، قاله **عج** ، وقال الشيخ سالم : إن بيت المال من الوارث .

قوله : (وهو كل الخ) ليس هذا تعريفا ، فيعترض باحتوائه على لفظة كل بل ضابط .

قوله : (فلا تصح بخمر الخ) أى : من مسلم لمسلم ، وأما من كافر لكافر فتصح ، وكذا تبطل الوصية بشيء لمن يصلى أو يصوم عنه ، وترجع ميراثا ، بخلاف الإيصاء بالمكروه كالإيصاء بضحية فلا تبطل ، ويجب تنفيذها .

ونحوه . ولا يشترط أن يكون معلوما بل تصح الوصية بالمجهول : كالحمل ، والثمرة التى لم يبد صلاحها .

الرابع : ما به تكون الوصية ، وهو : الإيجاب ، ولا يتعين له لفظ مخصوص . بل كل لفظ يفهم منه قصد الوصية ، مثل : أوصيت ، أو أعطوه ، أو جعلته له .

وإذا كانت الوصية لمعين ، فلابد من قبوله لها بعد الموت ، وإذا كانت لغير معين – كالفقراء – فلا يشترط القبول ، ويُملك الموصَى به بالموت اتفاقا ، إن قبل عقب الموت ، وعلى الأصح إن تأخر القبول . ومقابله لايملكه إلا حين القبول ؛ وفائدة الخلاف : فيما حدث بعد الموت وقبل القبول من غلة ونحوها ، فعلى الأول يكون للموصى له ، وعلى الثانى لورثة المُوصي .

قوله : (والثمرة التى لم يبد صلاحها) أى : لأنه لايعلم ماتؤول إليه .

قوله : (وهو الإيجاب) قال فى الجواهر : وتكون بالإيجاب ، ولا يتعين له لفظ مخصوص ، بل كل لفظ فهم منه قصد الوصية بالوضع ، أو القرينة حصل الاكتفاء به ؛ إلى آخر ماذكره هنا .

أقول : ولو بلفظ الوقف ، كما إذا قال : هو وقف بعد موتى ، كما يفيده المعيار .

فالحاصل : أنه أراد بالإيجاب : الصيغة الدالة على قصد الوصية ، فإذا كان المراد ماذكر ، فالمراد لا يتعين له لفظ مخصوص يتحقق فيه الأمر الكلي بل الإشارة كافية ، ولو من قادر على الكلام .

قوله : (مثل أوصيت) أى : أوصيت له .

قوله : (فلابد من قبوله لها بعد الموت) وأما لو قبل فى حياة الموصى ، فإن ذلك لا يفيده شيئا ، إذ للموصى أن يرجع فى وصيته مادام حيا ، لأن عقد الوصية غير لازم حتى لو رد الموصى له قبل موت الموصى ، فله أن يرجع ويقبل بعده ، هذا إذا كان المعين بالغا ، رشيدا ، وإلا فوَليه يقبل له ، فلو مات المعين قبل القبول فلوارثه القبول ، مات قبل العلم أو بعده ؛ اللهم إلا أن يريد الموصى الموصى له بعينه ، فليس لوارثه القبول . ولايحتاج العبد فى قبول الوصية له إلى إذن السيد .

وانظر : هل أراد بقوله : (وَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ) نفى الصحة أو النهى ؟ والراجح الأول ، قاله **د** . **قلت** : المذهب أنها صحيحة متوقفة على إجازة الورثة ، فإن لم يجيزوها فالمُوصى به ميراث . ع .

وانظر هل أراد بقوله : (والْوَصَايَا خَارِجَةٌ مِنَ الثُّلُثِ) أن مَصْرِفَها إنما هو فى الثلث ، أو إنما أراد لا يجوز للموصي أن يوصي إلا بالثلث فأقل ؟ (ويُرَدُّ مَازَادَ عَلَيْهِ) أى : على الثلث ولو كانت الزيادة يسيرة (إِلَّا أَنْ يُجِيزَهُ الْوَرَثَةُ) إذا كانوا بالغين رشداء

قوله : (نفى الصحة أو النهى) نفى الصحة يستلزم النهى ، والنهى لايستلزم نفى الصحة .

قوله : (قلت المذهب الخ) المذهب : أنها ليست بصحيحة ، ولو بأقل من الثلث ، وإن أجازها الوارث كانت ابتداء عطية منه ، فالحق ما للشيخ زروق .

قوله : (أو إنما أراد الخ) قال في تحقيق المباني : واقتصر الأقفهسي على هذا الأخير ، فإن وقع وأوصى بأكثر لم تصح ، **قلت** : ولعل وجه الاقتصار أن هذا الاحتمال الثانى فيه إفادة النهى عن ذلك ؛ وأما الأول فلا يفيد ذلك .

وقوله : (وترد) أى : تبطل ، لكن الوصية لا تكون إلا فى ثلث ماله المعلوم له قبل موته ، ولو بعد الوصية كانت الوصية فى الصحة أو المرض ، بخلاف التدبير إن كان فى المرض فكالوصية ، وإلا ففى ثلث المال المعلوم والمجهول ، والفرق بين مدبر الصحة والوصية : أن عقد التدبير لازم ، بخلاف الوصية عقدها منحل ، له الرجوع ولو شرط عدمه .

قوله : (ولو كانت الزيادة الخ) بالغ على ذلك ردا لما نقل عن مالك فيمن أوصى بعتق جارية ، فزادت قيمتها على الثلث زيادة يسيرة ، مثل الدينار ونحوه ، أنها لا تحرم العتق بذلك .

قوله : (إلا أن يجيزه الخ) راجع لقوله : ولا وصية لوارث أيضا . ثم إن الوارث إذا أجاز الوصية ، ولا دين عليه ، ثم استدان الوارث ، أو مات ، فإن حاز الموصى له الوصية ، فلا حق لغرمائه ، ولا لورثته فيها ، وإن لم يحزها فهم أحق ، فالمدار على الحوز وعدمه لا على القبول وعدمه ، قاله **عج** .

قوله : (إذا كانوا بالغين) أى : فتكون الإجازة ابتداء عطية منهم ، لأن الحق انتقل لهم ، وإن أجاز البعض دون البعض مضت حصة المجيز ، وردت حصة الممتنع .

غير مولى عليهم ، عقلاء لا دين عليهم . وفهم من كلامه أن الثلث لايرد ، وهو كذلك . وظاهر كلامه : أنه لايرد ولو قصد الضرر بذلك – وهو كذلك – فى أحد القولين .

ويعتبر ثلث مال الميت يوم موته لا يوم الوصية على مافى ابن الحاجب ، وتعقبه ابن عبد السلام بأنه خلاف المذهب ، فإن المعتبر على المذهب فى الوصية : أن تخرج من الثلث يوم تنفيذ الوصية لا يوم الموت ، حتى لو كانت الوصية يسعها الثلث يوم الموت ، فطرأ على المال جائحة أذهبت بعضه ، فصار لا يسعها ثلث

قوله : (غير مولى عليهم) أغنى عنه قوله : رشداء ، وكذا قوله : عقلاء .

قوله : (وفهم من كلامه أن الثلث لايرد) بخلاف الزوجة تتبرع بأكثر من الثلث ، فله رد الجميع ؛ والفرق أن الزوجة يمكنها التبرع بعد بخلاف المريض قد يدركه الموت سريعا بعد الوصية ، فلا يمكنه الإيصاء بعد رد الجميع .

قوله : (فى أحد القولين) أى : على أحد القولين وهو الراجح ، ومقابله ظاهر .

قوله : (على ما فى ابن الحاجب الخ) أى : يعتبر يوم الموت على مافى ابن الحاجب ، كما هو مصرح به فيه .

وقوله : (لا يوم الوصية) فقد قال ابن عبد السلام : ولا يعتبر ثلث المال يوم الوصية ، سواء كانت الوصية عند المرض المخوف ، ويوم الحجر ، أو كانت فى الصحة ، وفي الحال التى لو وهب فيها جميع المال لزمه ، لأن هذه عطية بعد الموت ، يجوز الرجوع عنها فى الحياة ؛ ولا يصح الالتفات فيها إلى يوم الوصية .

قوله : (وتعقبه ابن عبد السلام) فإن قلت : حيث ذهب المال بالجائحة ، فيذهب على الورثة وعلى الموصى له ، فلا يظهر لاعتبار كونها يوم التنفيذ : ثمرة ، لأن الوارث أمين فى ذلك المال ؟ **قلت** : لعل ابن عبد السلام يرى أن المال كله دخل ذمة الوارث بالموت ، وصار مايخص الموصَى له كالدين عليه ، بحيث إن ماذهب بالجائحة يكون عليه وحده ، أن لو قلنا العبرة بيوم الموت .

قوله : (يوم تنفيذ الوصية الخ) وإن كان الملك يكون للموصى له بمجرد الموت .

قوله : (كان حكمها يوم القسمة) لا فرق فى ذلك بين وصية المرض والصحة .

مابقى ، كان حكمها يوم القسمة حكم من أوصى بأكثر من الثلث ، ولا أعلم فى ذلك خلافا فى المذهب . انتهى .

ثم انتقل يتكلم على مايبدأ بإخراجه من الثلث فقال : (وَالعِتْقُ بعَيْنِهِ) سواء كان فى ملكه ، أو ملك غيره ، مثل أن يقول : اشتروا عبد فلان وأعتقوه (مُبَدًّا عَلَيْهَا) أى : على الوصايا بالمال ، وإنما قيدناه بهذا : لأن الزكاة والكفارات إذا أوصى بها الميت مبدأة على

قوله : (سواء كان فى ملكه) كأعتقوا عبدي مباركا تت .

قوله : (مثل الخ) تمثيل لقوله : أو ملك غيره ، ولا فرق فى هاتين الصورتين أعني ملكه أو ملك غيره ؛ بين أن يقول : ناجزا ، أى : عقب موتى أو لكشهر ، وكذا إذا أوصى بعتقه على مال فعجله ، أو بكتابة فعجلها ، فهذه الصور كلها فى مرتبة واحدة ، لا تقديم لأحدها على صاحبه ، ويتحاصون . وقول المصنف : بعينه ، أى : المعتق الرقيق بعينه ، احتراز مما إذا قال : أعتقوا عبدا ، فإنه لا يقدم على الوصايا بالمال بل هو فى مرتبتها فيتحاصون عند الضيق .

قوله : (على الوصايا بالمال) أى : بإخراج المال الذى لم يتوجه إليه طلب ، ولا يخفى أن هذا تفسير مراد ، وكذا مقدمة على ماإذا أوصى بعتقه على مال ، أو بكتابته ولم يعجل كل منهما المال قبل موت الموصى .

قوله : (إذا أوصى بها الميت) أى : ولم يعترف بحلولها ، وسيأتى مفهومه .

قوله : (مبدأة على العتق) أى : على الوصية بالعتق ، أى : لأن الكلام ليس فى تنجيز العتق ، إنما هو فى الوصية به ، فالزكاة والكفارة مبدأتان على الوصية بالعتق بصوره المذكورة ، بقى أنه أجمل فى قوله : الزكاة ، وفى قوله : الكفارة ، فظاهره : الإطلاق – وهو كذلك – فلا فرق فى الكفارة بين أن تكون كفارة ظهار ، أو قتل ، أو يمين ، أو فطر رمضان ، أو تفريط القضاء فيه ، فإن قلت : ما المقدم الزكاة أو الكفارة ؟ قلنا : المقدم الزكاة ، أى : أن زكاة العين الموصى بها وقد فرط فيها حتى مات ، وكذا زكاة الفطر الماضية الموصى بها ، كل منهما مقدم على الكفارة بأقسامها . نعم زكاة العين مقدمة على زكاة الفطر المذكورة ، وقولنا : الماضية ، احترازا عما إذا مات فى زمنه كليلة الفطر أو يومه ، فإن أوصى ، أو أشهد فى صحته : أنها فى زمنه فمن رأس المال ، وإلا أمر الورثة بإخراجها من غير جبر . وقلنا : الماضية الموصى بها ، فإن لم يوص بها أمر ورثته بإخراجها من غير جبر ، وليست الكفارات كلها فى مرتبة واحدة بل كفارة الظهار ، وقتل الخطإ ، مقدمتان على كفارة اليمين ، وفطر رمضان ، والتفريط ، وكفارة الظهار ، وقتل الخطإ فى مرتبة واحدة ، فيقرع بينهما

العتق (والْمُدَبَّرُ فِى) حال (الصِّحَّةِ مُبَدَّأٌ عَلَى مَا) يصدر منه (فى) حال (المَرَضِ مِنْ عِتْقٍ أَوْ غَيْرِهِ و) المدبر فى الصحة مبدأ أيضا (عَلَى مَا فَرَّطَ فيهِ مِنَ الزَّكَاةِ فأَوْصَى به ، فَإِنَّ ذَلِكَ فى ثُلُثِهِ مُبَدَّأٌ عَلَى الْوَصَايَا) فإن لم يوص به ،

عند الضيق ، وكفارة اليمين مقدمة على فطر رمضان ، وكفارة فطر رمضان مقدمة على التفريط ، وأما كفارة العمد إذا أوصى بإخراجها ، فهى فى مرتبة الوصايا بالمال .

وقول الشارح : (أوصى بها) وأما إذا مات ولم يوص بها ، فإنها لا تخرج ، ويحمل على أنه كان أخرجها وسيأتى لذلك مزيد إيضاح .

قوله : (والمدبر فى حال الصحة) ومثله مادبر فى مرض وصح بعده ، والأسير الموصى بفكه مقدم عليه ، لا فرق فى الأسير بين كونه مسلما أو ذميا على ظاهر المدونة ، وابن عرفة ، فإذا دبر اثنين فى صحته ، أو مرضه فى كلمة ، تحاصا ، وإلا قدم السابق .

قوله : (فى حال المرض من عتق أو غيره) أى : أعتق عبدا فى المرض ؟ أو دبر عبدا فيه ، وكلاهما في مرتبة واحدة حيث كانا فى فور واحد ، وإلا بدأ بالأول ، وكذا ما بتله فى المرض : من صدقة ، وعطية ، فمدبر الصحة مقدم عليهما ، وأما هما مع المعتق فى المرض والمدبر فيه فيقدمان عليهما ، أى : يقدم مابتل فى المرض من صدقة وعطية ، على ما بتل فى المرض من عتق وتدبير ، عند مالك وأكثر أصحابه ، وعند ابن القاسم بالعكس .

قوله : (فأوصى به فإن ذلك) أى : مافرط فيه من الزكاة ، وأوصى به فى ثلثه ، والمناسب أن يسوقه على وجه آخر ، كأن يقول : وما أوصى به مما فرط فيه من الزكاة فى ثلثه مبدأ على الوصايا ، وأما إن لم يوص فلا يخرج من الثلث – كما قاله الشارح – لأنه يحمل على أنه أخرجها ، ولا فرق فى ذلك بين العين ، والحرث ، والماشية .

وهذا حيث لم يشهد فى صحته بأن مافرط فيه فى ذمته ، فإن أشهد بذلك فيخرج من رأس المال عينا ، أو غيرها ؛ وأما إن أشهد فى مرضه فهو بمنزلة ما إذا أوصى بها ؛ هذا كله فى غير عام الموت .

وأما عام الموت ، فإن اعترف بحلولها وأوصى فى صحته أو مرضه ، فمن رأس المال ، فإن فقدا ، أو الثاني لم يخرج من ثلث ، ولا من رأس مال ، إلا أن تعلم الورثة عدم الإخراج ، فمن رأس المال ، وإن فقد الأول فمن الثلث ، ويؤمر الورثة بإخراجها . وقولنا : لم تخرج ، أى : لم يجب إخراجها فلا ينافى ماقاله الشيخ عبد الرحمن عن المدونة : من أنه إذا لم يوص أمر بذلك الورثة ولا يجبرون . هذا كله فى العين .

فلا يخرج من الثلث . وقوله : (وَمُدَبَّرُ الصِّحَّةِ مُبَدَّأٌ عَلَيْهِ) تكرار (وَإِذَا ضَاقَ الثُّلُثُ) عما أوصى به (تَحَاصَّ أَهْلُ الْوَصَايَا الَّتِى لَاتَبْدِئَةَ فِيهَا) كما يتحاص فى العول فى الفرائض ، مثل : أن يوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بربعه ، فإنك تأخذ مقام النصف ومقام الربع ، وتنظر ما بينهما فتجدهما متداخلين ، فتكتفى بالكثير وهو الربع ، فتأخذ نصفه وربعه ، فتجمعهما فتكون ثلاثة ، فتعلم أن الثلث بينهما على ثلاثة أسهم : لصاحب الربع سهم ، وللآخر سهمان .

وأما فى الحرث والماشية باعتبار عام الموت ، فإن اعترف بحلولها أخرجت من رأس المال أوصى بها أو لا ، وما قررته – هو مالبعض شراح خليل – وذكر عج مافيه نوع مخالفة ، فقال : ومفهوم فرط أن زكاة عامه الذى مات فيه ليس حكمه كذلك ، وحكمها أنه إذا اعترف بحلولها ، وعرفه غيره من الناس ، ولو واحدا ، وأوصى بها ، فإنها تخرج من رأس المال ، وإن لم يوص لم تخرج من ثلث ، ولا رأس مال ، وتؤمر الورثة بإخراجها من غير قضاء ، وإن لم يعرف حلولها إلا منه ، فإن أوصى بها أخرجت من الثلث ، وإلا لم تخرج ولا من الثلث ، لاحتمال أن يكون أخرجها ، وهذا فى زكاة العين . وأما زكاة الحرث والماشية فمتى اعترف بحلولها ، أخرجت من رأس المال ، أوصى بها أم لا ، شاركه غيره فى معرفة حلولها أم لا .

قوله : (مدبر الصحة مبدأ عليه) أى : على مافرط فيه من الزكاة ، وأوصى به .

وقوله : (تكرار) أى : مع قوله : وعلى مافرط فيه من الزكاة ، قدر الشارح فقال : والمدبر فى الصحة مبدأ أيضا على مافرط فيه ، الخ .

قوله : (فتعلم أن الثلث بينهما على ثلاثة) أى : فيقسم ثلث مال الميت على ثلاثة ، وهذا إن لم يجز الوارث الوصايا ، وأما إن أجازها فيأخذ الموصى له بالنصف اثنين ، والموصى له بالربع واحدا ، ويفضل واحد يأخذه الوارث ، وذكر تت مثال التباين ، فنذكره لما فيه من مزيد الفائدة فقال : قوله : وإذا ضاق الثلث الخ ، كأن يوصى لشخص بنضف ماله ، ولآخر بثلثه ، فإن أجازها الورثة اقتسما المال على النصف والثلث ، إلا أن مقام النصف من اثنين والثلث من ثلاثة ، وهما متباينان ، فتضرب اثنين فى ثلاثة يحصل ستة ، لصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث اثنان ، ويفضل واحد للوارث ، وإن لم يجيزوها اقتسما الثلث على النصف والثلث ، وهما متباينان ، ومقامها من ستة ، لصاحب النصف ثلاثة ، ولصاحب الثلث اثنان ، يقتسمان الثلث على خمسة أجزاء ، وقس على ذلك .

(وَلِلرَّجُلِ) ولو سفيها ، وكذا المرأة ، والصبى (الرُّجُوعُ عَنْ وَصِيَّتِهِ مِنْ عِتْقٍ وَغَيْرِهِ) ظاهره : كانت الوصية أو الرجوع عنها فى الصحة أو المرض ، وظاهره أيضا : أن له الرجوع ، ولو أشهد فى وصيته أن لا رجوع له فيها ، وفيه خلاف ؛ وظاهره أيضا : أن له أن يرجع فيما بَتَل عتقه فى المرض وليس كذلك ؛ وظاهره أيضا : أن له أن يرجع فى الواجب كالزكاة – وليس كذلك – لأن ماوجب لارجوع فيه .

ثم عقب الوصية بالتدبير لقرب حقيقته منها فقال : (وَ التَّدْبِيْرُ أَنْ يَقُولَ

قوله : (وللرحل الرجوع) بقول : كرجعت عنها : أو أبطلتها ، أو لا تعطوه ماأوصيت به ، أو فعل : كالبيع ، والهبة ، والصدقة ، والعتق ، والاستيلاد ، وحصد الزرع ، ونسج الغزل ، وصوغ فضة ، وغير ذلك ؛ وكان له الرجوع لأنها عِدَة ، والوعد لا يلزم الوفاء به ، وإنما يندب فقط .

وقوله : (ولو سفيها) الأولى المبالغة على الرشيد .

قوله : (من عتق وغيره) أى : أنه إن أوصى بعتق أو تدبير كما يشمله قوله وغيره .

قوله : (ظاهره كانت الوصية الخ) وهو كذلك ، كما في تحقيق المبانى ، عن الفاكهانى ، وبهرام .

قوله : (وفيه خلاف) والذي به العمل : أن له الرجوع ، وصحح بعضهم العمل بالشرط .

قوله : (فيما بتل عتقه) وكذا مابتله من صدقة ، أو هبة ، أو حبس ، فإنه لازم لارجوع له فيه . ثم **أقول** : وكون هذا ظاهر ، كلام المصنف غير واضح ، إذ مابتل عتقه ، لا يقال فيه إنه أوصى بعتقه .

قوله : (كالزكاة) أى : كالديون التى لا شاهد عليها ، وإنما علمت باعترافه ، وإيصائه بإخراجها ، فلا يجوز له الرجوع فيها ، لاعترافه بوجوبها عليه .

قوله : (لأن ماوجب) أى : وأوصى به لارجوع فيه ، أى : على ماتقدم من التفصيل .

قوله : (ثم عقب الوصية بالتدبير) حكم التدبير : الاستحباب ، والتدبير عقد يوجب عتق مملوك من ثلث مالكه بعد موته بعقد لازم .

فقوله : (بعد موته) يخرج به الملتزم العتق فى المرض المبتل فيه ، فإنه لازم له ، إذا لم يمت .

وقوله : (بعقد لازم) متعلق بيوجب أخرج به الوصية .

قوله : (لقرب حقيقته) أى : من حيث إن كلا منهما عقد يتعلق بتنفيذ قربة بعد الموت .

لِعَبْدِهِ أَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّى) وانعقد الإجماع على أنه قربة ، وأركانه ثلاثة .

الأول : الصيغة وهى : إما صريح ، كمثالى المصنف ، وإما كناية ، كقوله : أنت حر بعد موتى ، إن أراد به التدبير ، وإن لم يرده ، فهى وصية .

الثانى : المدبر – بكسر الموحدة – وشرطه التكليف ، والرشد .

قوله : (أو أنت حر عن دبر مني) قال فى التنبيهات : مأخوذ من إدبار الحياة ، ودبر كل شيء ماوراءه – بسكون الباء وضمها – والجارحة : بالضم لاغير ، وأنكر بعضهم الضم فى غيرها ، وقال ك : قال أهل اللغة : التدبير عتق العبد عن دبر صاحبه اهـ .

فقوله : (أنت حر عن دبر مني) معناه : أنت حر عن إدبار كائن منى ، أىْ : بعد إدبار كائن منى ، أى : أو دبرتك ، أو أنت عتيق عن دبر منى ، من كل مايفهم منه تعليق العتق على موته ، لا على وجه الوصية بل على وجه التحتم واللزوم ، بخلاف تقييده بوجه مخصوص ، كقوله : إن مت من مرضى هذا ، أو سفرى هذا ، فأنت مدبر ، فهو وصية لاتدبير ؛ وبخلاف ما إذا قال بعد الصيغة الصريحة : مالم أغير ذلك ، أو أرجع ، فإنه ينقلب وصية .

قوله : (أنت حر بعد موتى) أى : أو أنت حر يوم أموت .

قوله : (وشرطه التكليف والرشد) فخرج بالتكليف : المجنون ، والصبي ولو مميز ، فلا يلزم ، ويصح من المميز كوصيته ، فإن قيل : فائدة الصحة التوقف على رضا الولى ورده ، مع أنه هنا ليس له الإمضاء ، لأن فيه إتلافا لماله ، فما فائدة صحته ؟ فالجواب : أن فائدته فى أنه إذا بلغ يكون له رده وإمضاؤه .

ودخل – في قوله – تكليف السكران ، ولو طافحا بحرام لا بحلال ، فلا يلزم الطافح . وخرج بالرشد العبد ، لأنه محجور عليه بالأصالة ، وكذا السفيه المولى عليه ولو اتسع ماله فلا يلزمه ، وكذا المهمل عند ابن القاسم ، وأما عند مالك فيلزمه ، لأن تصرفه قبل الحجر محمول على الإجازة عنده ، والمرأة غير ذات الزوج كالرجل ؛ وأما ذات الزوج إذا دبرت فيما زاد على ثلثها ، فإنه كذلك يمضى وإن كان محجورا عليها فيما ذكر ، وإن لم تملك غير الذي دبرته ، إذ لاضرر على الزوج فى ذلك ، لأن العبد فى الرق إلى الموت .

ولا يشترط فى التدبير الإسلام ، لأنه يصح تدبير الكافر لعبده المسلم ، ويؤجر له ، ويكون ولاؤه للمسلمين ، إلا أن يكون للكافر قريب مسلم ، فيكون الولاء له ، إلا أن يسلم

الثالث : المدبر - بفتحها - وهو من فيه شائبة رق ، من عبد أو أمة ، صغيرا كان أو كبيرا (ثُمَّ) إذا دبر المكلف الرشيد عبده (لا يَجُوزُ لَهُ) بعد ذلك (بَيْعُهُ) فإن بيع فسخ بيعه ، وصار مدبرا على ما كان عليه ، هذا إذا لم يتصل به عتق ، فإن أعتقه المشترى مضى ، وكان ولاؤه له . ج : قوله : ثم الخ ، يريد إلا فى دين سابق ، ولا خصوصية للبيع بل وكذلك هبته والصدقة به (وَلَهُ) أى : للرجل الذى دبر عبده (خِدْمَتُهُ) بمعنى استخدامه ، لأنه سيده إلى أن يموت ، فحينئذ

السيد فيرجع له الولاء ، وأما تدبير الكافر عبده الكافر فلا يلزمه ، وله الرجوع عنه ، فإذا دبر أحد الشريكين تقاوياه ، فإن صار للمدبر صار كله مدبرا ، وإلا صار كله رقيقا .

قوله : (وهو من فيه شائبة رق) أى : خالطة رق ، بمعنى مختلطة ، أى : حالة مختلطة بحرية ، وتلك الحالة فى الرقية ، أو حالة مخلوطة بحرية وهى الرقية ، فظهر أن الإضافة للبيان ، وأن فاعلة إما باقية على أصلها ، أو بمعنى مفعولة ، فأم الولد والمعتق لأجل يجوز تدبيرهما ، وثمرته ظاهرة فى المعتق لأجَل على تقدير الموت قبل حلول الأجل ، ولا يظهر له ثمرة فى أم الولد ؛ فإن قلت : لايشمل كلامه القن . **قلت** : هو مفهوم بطريق الأولى .

قوله : (ولا يجوز له بيعه) لا يقال : يشكل على حرمة البيع جواز المقاواة إذا دبر أحد الشريكين حصته ، وفيها بيع المدبر ، لأن جواز المقاواة مستثنى من حرمة بيع المدبر مع احتمال صيرورته مدبر الجميع .

قوله : (فإن أعتقه المشترى مضى) أى : إذا نجز عتقه فى حياة سيده ، فإن البيع يكون ماضيا مع العتق ، وكان الولاء لمعتقه ، أما لو أعتقه بعد موت مدبره فلا يمضى ، لأن الولاء انعقد لمدبره ، إما بحمل الثلث لجميعه فيعتق كله ، أو بعضه فيعتق بعضه .

قوله : (إلا فى دين سابق) أى : على التدبير ، وليس عنده مايجعله فى الدين ، أى : فإنه يجوز بيعه ولو فى حال حياة السيد ، وأما الدين المتأخر عن التدبير ، فلا يباع فيه المدبر فى حياة السيد ، ويباع فيه بعد موته ، قال عج :

وُيبطل التدبيرَ دينٌ سَبَقا إن سيد حيا وإلا مطلقا

وإنما بطل التدبير بالدين المتأخر عن موت السيد ، لما تقدم من أن المدبر لايعتق إلا من الثلث .

قوله : (بمعنى استخدامه) الأولى تبقية العبارة على ظاهرها ، فإن له أن يؤجره لأنه على ملكه إلى أن يموت .

يعتق (وَلَهُ) أيضا (انْتِزَاعُ مَالِهِ مَا لَمْ يَمْرَضْ) السيد مرضا مخوفا لقوة الرق فيه ، أما إن كان مخوفا ، فليس له ذلك لأنه ينتزع لغيره (وَلَهُ) أيضا (وَطْؤُهَا إنْ كانَتْ أَمَةً) لأنها على أصل الإباحة ، فإن حملت كانت أم ولد تعتق بموته من رأس ماله (وَلَا يَطَأُ) الأمة (المُعْتَقَةَ إِلَى أَجَلٍ) مثل أن يقول لها : اخدمينى سنة وأنت حرة ، لأنه قد يجيء الأجل قبل موته فتخرج حرة ، فإذا وطئها قد تحمل ، فلا تخرج حرة إلا بعد موته ، وأيضا فإن نكاحها فى هذه الحالة يشبه نكاح المتعة ، فإن وطئها فقد فعل ما لا يجوز ، فيؤدب على هذا ولا يحد ، ويلحق الولد به ، وتسقط خدمتها

قوله : (أما إن كان مخوفا الخ) هذا فيما استفاده من هبة ، أو صدقة ، أو وصية ، أو صداق ، إن كان المدبر أنثى ، وأما مااستفاده المدبر من عمل يده ، أو خراجه ، أو أرش جناية عليه ، فإنه يجوز لسيده انتزاعه ولو مرض ، لأنه من أمواله ؛ ومثله : مااستفاده من نحو هبة ، إذا شرط انتزاع ماله في المرض ، فإنه يعمل به .

تنبيه : مثل المدبر فى عدم جواز انتزاع ماله ، أم الولد فلا يجوز لسيدها إذا شرط انتزاع مالها والمعتق لأجل وقد قرب الأجل ، والمكاتب مطلقا ، والمعتق بعضه ، والمأذون له في التجارة إذا صار مدينا ، ذكر معناه **تت** ، وبعضه باللفظ .

قوله : (وطؤها) أى : النسمة .

قوله : (لأنها على أصل الإباحة) أى : على أصل هو الإباحة .

قوله: (فإن حملت) أى : وإذا لم تحمل تعتق من الثلث ، وكما له انتزاع ماله ، له كتابته ، ورهنه على أن يباع للغرماء فى حياة السيد فى الدين السابق على التدبير ، لا المتأخر فلا ، وأما على أن يباع بعد موت السيد فيجوز مطلقا .

قوله : (فإذا وطئها قد تحمل الخ) فيه نظر لجواز أن يقال : تخرج حرة بالأقوى وهو مضى الأجل .

قوله : (يشبه نكاح المتعة) أى : لاحتمال انقضاء الأجل قبل موته ، فتخرج حرة .

قوله : (فيؤدب الخ) وإذا قلنا بالأدب ، فهل يعذر بالجهل – كما سينص عليه فى وطء المكاتبة – أم لا : قاله بعض الأشياخ .

بذلك ، فيعجل عتقها حينئذ (وَ) كما أنه لا يطأ الأمة المعتقة إلى أجل (لَا يَبِيعُهَا) وَلا يهبها ، ولا يتصدق بها ، لأن فيها عقدا من عقود الحرية (وَلَهُ) أيضا (أَنْ يَستَخْدِمَهَا فِى بَيْتِهِ) لأنه لذلك أعتقها (وَ) له أيضا أن (يَنْزِعَ مَالَهَا) الذى أفادته بهبته – مثلا – وهذا مقيد بـ(ـمَا) إذا (لَمْ يَقْرُبِ الْأَجَلُ) ولا حد فى القرب ، إلا ما يقال قريب (وإِذَا مَاتَ) الرجل المدبر (فَـ)ـالعبد (الْمُدَبَّرُ) فى الصحة يخرج (مِنْ ثُلُثِهِ) أى : من ثلث مال السيد مطلقا ، أعنى : من مال علم به

قوله : (فيعجل عتقها) انظر هذا مع قوله : فإذا وطئها قد تحمل فلا تخرج حرة إلا بعد موته ، فإن بينهما تنافيا ، وقد يقال : إنه إشارة إلى قولين فى المسألة : القول بالتعجيل ، وهو ماهنا . والقول بعدمه ، وهو ما أشار له أولا ، بيّنه تت بقوله : وقيل لايعجل لبقاء أرش الجناية عليها له إن جرحت ، وقيمتها إن قتلت ، ولا يجوز له وطؤها سواء عجل عتقها أو بقيت إلى أجلها ، قاله تت .

قوله : (لأنه لذلك أعتقها) الظاهر : أن اللام فى قوله : لذلك ، لام العاقبة ، وعبارة بعضٍ : لبقائها على ملكه حتى ينقضى الأجل .

قوله : (الذى أفادته بهبة مثلا) وأما ما كان من خراجها ، وكسبها ، وأرش جناية عليها ، فله انتزاعه وإن قرب الأجل .

قوله : (ولا حد فى القرب الخ) هذا أحد قولين ذكرهما تت ، والقول الثانى : إن القرب كالشهر ، وظاهر بعض الشراح ترجيحه ، وأدخلت الكاف أقل من شهر على قول ، أو شهر على آخر ، وأقحم الكلام على أحكام المعتقة لأجل فى خلال أحكام المدبر ، لما بينهما من المناسبة فى بعض الأحكام .

قوله : (يخرج من ثلثه) بأن كان مال السيد كثيرا ولا دين يستغرق قيمته ، وإلا رجع رقيقا ولو كان الدين متأخرا عن التدبير ، وشرط عتق المدبر ألا يقتل سيده عمدا عدوانا ، فإن قتله عمدا عدوانا ، أى : لا في باغية ، فإن تدبيره يبطل إن استحياه الورثة ، أما لو قتل سيده خطأ ، فإن تدبيره لا يبطل .

ويعتق في مال السيد الذى تركه ، ولم يعتق فى الدية ، وهى دين عليه ، ليس على العاقلة منها شيء ، لأنه إنما صنع ذلك وهو مملوك ؛ وصفة خروجه من الثلث : أنه يقوم مع ماله ، لأنه صفة من صفاته كطول ، والعبرة بيوم النظر لا يوم موت السيد ، فيقال : كم يساوى على

ومال لم يعلم به ، والمدبر فى المرض يخرج من ثلثه من مال علم به فقط (وَ) أما (المُعْتَقُ إِلَى أَجَلٍ) فإنه يخالف المدبر ، فيخرج (مِنْ رَأْسِ مَالِه) .

ثم شرع يتكلم على الكتابة فقال (والمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَابَقِىَ عَلَيْهِ شَىْءٌ) من كتابته ولو قل ، لما صح من قوله ﷺ « ٱلمُكَاتَبُ عَبْدٌ مَابَقِىَ عَلَيْهِ فِى كِتَابَتِهِ دِرْهَمٌ » (١) وكان حقه أن يؤخر هذه المسألة عن قوله (وَالكِتَابَةُ) وهى : إعتاق العبد

أن له من المال كذا ؟ فتارة يحمله الثلث فيعتق كله ، كما إذا كان ماله مائة ، وقيمته مائة ، وترك السيد أربعمائة ، ويقر ماله بيده ؛ وتارة يحمل الثلث بعضه ، فإن ذلك البعض يصير حرا ، ويرق باقيه ، ويترك ماله بيده ملكا له ، ليس لورثته منه شيء ، لأنه مال مبعض ، والمبعض لاينتزع ماله ، مثاله : لو كانت قيمته مائة ، وماله مائة ، وترك سيده مائة ، فإنه يعتق نصفه ، لأن قيمته بماله مائتان ، وثلث السيد مائة ، وهي نصف المائتين اللتين هما قيمته بماله .

وإنما قيدنا بيوم النظر ، احترازا عما لو هلك بعض ماله بعد الموت وقبل التنفيذ ، فإنما ينظر للباقي منه .

قوله : (من رأس ماله) فليس كالمدبر ، والفرق أن التدبير جارٍ مجرى الوصية ، فلا تخرج إلا من الثلث ؛ وأما العتق إلى أجل فهو لازم ، فلذا خرج من رأس المال .

قوله : (ثم شرع يتكلم على الكتابة) عرفها ابن عرفة بقوله : عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه ، فيخرج العتق على مال معجل يدفعه العبد لسيده ليعتقه سريعا ، فيقال له قطاعة ، ويخرج العتق على مال مؤجل من أجنبي ، ويخرج العتق على غير مال ، وهو : العتق المبتل ، والعتق إلى أجل .

قوله : (والمكاتب عبد) تشبيه بليغ ، لأنه وإن أحرز نفسه وماله بحيث لايحجر عليه فى التصرفات المقتضية لتنمية المال إلا أنه ممنوع من التبرع كالهبة مما فيه ضياع المال .

قوله : (لما صح الخ) فالمصنف ذكر الحديث بمعناه .

قوله : (وكان حقه الخ) أجيب : بأنه كالدليل على مابعده ، لأنه إشارة إلى قوله ﷺ : « المُكَاتَبُ عَبْدٌ الخ » .

قوله : (وهي إعتاق العبد الخ) مما تقدم تعلم : أن هذا التعريف غير مانع .

---

(١) الموطأ : ٧٨٧/٢ – أبو داود : ٢٨/٤ ، ابن ماجه : ٨٤٢/٢١ .

على مال مُنَجَّمٍ (جَائِزَةٌ) لم يخالف أحد فى جوازها ، وإنما اختلف : هل هى واجبة أو مباحة أو مستحبة ؟ وهو مذهب المدونة ، قالوا : وهو الذى أراد الشيخ بقوله جائزة (عَلَى مارَضِيَهُ الْعَبْدُ والسَّيِّدُ مِنَ المَالِ) .

دل على مشروعيتها : الكتاب ، قال تعالى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِم خَيْراً ﴾ [النور ٣٣] والسنة فى غير ما حديث ، والإجماع عليه .

ولها أركان أربعة :

الأول : السيد ، وشرطه التكليف ، وأهلية التصرف ، فخرج بالتكليف : الصبى ، والمجنون ؛ وبأهلية التصرف : المحجور عليه .

قوله : (وهى إعتاق الخ) من إضافة المصدر للمفعول .

قوله : (لم يخالف أحد فى جوازها الخ) لايخفى أن مفاد هذا ، أنه أراد بالجواز الإذن الصادق بالوجوب والندب .

قوله : (وهو مذهب المدونة) ومحل الندب حيث كان العبد له قدرة على الكسب ، وأما مكاتبة الصغير ، ومن لامال له فجائزة من غير ندب ، بناء على جبر الرقيق على الكتابة ، فإن قيل : قوله تعالى : ﴿ فَكَاتِبُوهُمْ ﴾ يقتضى وجوبها ؟ فالجواب : أنه صرف الأمْرَ عن الوجوب إلى الندب الرفقُ بالسادة ، لأنه لو حمل على الوجوب لتسلط العبيد على السادات فيضر بهم ذلك .

قوله : (وهو الذي أراد الخ) أى : فلم يرد بالجواز استواء الطرفين بل المراد به الإذن المتحقق فى الندب ، أو الندب من أول الأمر على طريق التجوز .

قوله : (على مارضيه العبد والسيد) إشارة إلى أن العبد لايجبر على الكتابة ، وهو المشهور ، وقيل بالجبر ، وسبب الخلاف كون الكتابة من باب البيع فلا يجبر ، أو من باب العتق ، فيجبر .

قوله : (إن علمتم فيهم خيرا) قال **تت** : اختلف هل المراد بالخير المال ، أو الكسب والأمانة ؟ اهـ .

قوله : (فى غير ماحديث الخ) مازائدة ، أى : فى غير حديث ، أى : فى أكثر من حديث ، ومن جملتها ماتقدم من قوله : المكاتب الخ .

قوله : (وشرطه التكليف وأهلية التصرف) ولا يشترط الإسلام على الراجح ، لأن مذهب المدونة صحة كتابة الكافر لعبده المسلم ، وتباع عليه من مسلم ككتابة من أسلم بعد كتابته .

قوله : (فخرج بالتكليف الصبي والمجنون) فلا تصح من صبى ، بناء على أنها عتق ، ولا من مجنون .

الثانى : الصيغة ، وهى : كل لفظ فهم منه ذلك المعنى ، نحو : كاتبتك .

الثالث : العِوض : وشرطه أن يكون منجّما ، وإليه أشار بقوله (مُنَجَّماً)

ك : عن المدونة : ولا تكون حالّة ، والكتابة عند الناس منجمة ، فإن وقعت مبهمة نجّمت على العبد ؛ والتنجيم : التقدير ، وهو أن يقول له : تعطينى فى كل شهر أو فى كل سنة كذا ، على ماتراضيا عليه (قَلَّتِ النُّجُومُ أَوْ كَثُرَتْ) وفى الجواهر عن الأستاذ أبى بكر أنه قال : وعلماؤنا النظار يقولون : إن الكتابة الحالة جائزة ، وهو

وقوله : (وبأهلية التصرف) المحجور عليه ، فلا تصح منه ، كذا فى شرح الشيخ ، وفى بعض شروح خليل : صحتها من السفيه المحجور عليه ، والزوجة ، والمريض فى زائد الثلث ، إلا أنها متوقفة وليست باطلة ، كما فى العتق .

قلت : يحمل مافى شرح الشيخ على أن الكتابة عتق ، ومافى بعض شروح خليل على أنها بيع ، وتصح من السكران بناءً على أنها عتق ، لتشوف الشارع للحرية ، وتبطل على أنها بيع .

قوله : (فهم منه ذلك المعنى) وهو إعتاق العبد على مال .

قوله : (نحو كاتبتك) أى : أو أنت مكاتب ، أو أنت معتق على كذا ، أو بعتك نفسك بكذا ، وانظر لو ترك قوله بكذا ، هل تبطل الكتابة بناء على أنها بيع ، أو تصح ويكون له كتابة المثل ؟ وشارحنا سكت عنه ، فظاهره : الصحة ، ويرجع لكتابة المثل .

قوله : (وشرطه أن يكون منجما) أى : يلزم التنجيم ، لأن المذهب أنها إذا وقعت بغير تنجيم ، كانت صحيحة ، وتنجم .

قوله : (والكتابة عند الناس منجمة) المراد بهم الصحابة ، والتابعون ، كما أفاده **تت** ، فإذا اشترطا التعجيل فيكون قطاعة لا كتابة ، وهى جائزة .

قوله : (قلت النجوم أو كثرت) ظاهر تعبير المصنف بالنجوم ، اشتراط تعددها ، وليس كذلك بل المعتمد صحة جعلها نجما واحدا .

قوله : (وعلماؤنا النظار) أى : الحفاظ ، قال فى المصباح : والناظر الحافظ اهـ ويحتمل أن المراد بهم هنا : أهل البحث ، والرد على الأخصام .

قوله : (إلى أن الكتابة الحالة جائزة) قائل ذلك يقول : إنها كالبيع تقبل الحلول والتأجيل ، غير أن الغالب عليها عند أهل المذهب التأجيل ، لكن قضيته : أنها إذا وقعت حالة عند غير هذا القائل لاتكون جائزة ، وقد تقدم أنها تكون قطاعة ، ولذلك قال ابن ناجى نقلا

القياس . وصرح ع بمشهوريته .

الرابع : العبد ، وله شرطان : أن يكون قويا على الأداء ، وأن يكاتبه كله . فلو كاتب نصفه لم يصح ، وكذا لو كاتب أحد الشريكين وإن أذن شريكه ، ولو كاتباه على مال واحد جاز ، وانقسمت على قدر ماليهما .

(فَإِنْ عَجَزَ) المكاتب عن العوض (رَجَعَ) إلى ما كان عليه قبل عقد الكتابة (رَقِيقًا) ولا يعتق منه شيء ، **ك** : واختلف هل من شرطها – أى الكتابة – أن يقول له : إذا عجزت رجعت رقيقا ، أو يجوز وإن لم يشترط ذلك ، لأن الحكم يوجبه ؟ وهو المشهور . (وحَلَّ لَهُ) أى لسيد المكاتب إذا عجز (مَا أَخَذَهُ مِنْهُ) لأنه عبده ، وهذا إذا لم يُعِنه أحد على كتابته ، أما إن أعانه أحد ، ثم عجز ، فإنه يرجع

عن بعض شيوخه : إن قول الشيخ أبى محمد وغيره لايدل على منعها حالّة بل على عدم صدق الكتابة عليها .

قوله : (وصرح ابن عمر الخ) ضعيف .

قوله : (أن يكون قويا على الأداء) وأما الصغير الذى لا مال له ، ولا قدرة له على الأداء ، فلابن القاسم لا بأس بكتابته ، وهو المعتمد ؛ ولأشهب يمنع ويفسخ ، إلا أن تفوت بالأداء . فكلام الشارح آت على كلام أشهب .

قوله : (وأن يكاتبه كله) أى : ومعتق البعض يجوز كتابة بعضه .

قوله : (على مال واحد) المراد : يعقد معه عقدا واحدا على مال واحد ، أى : متحد قدرا ، وصفة ، وأجلا ، ونجما ، واقتضاء ، وإلا منع ، فإن شرط كل واحد أن يقتضى دون صاحبه فسد الشرط ، وكان ماأخذ بينه وبين شريكه مع رقبة العبد ، سواء قبض الكتابة كلها أو بعضها ، ولكن الممتنع فى اتحاد الاقتضاء شرط خلافه ، ومع ذلك يلغى – كما علم – وفى الخرشى : فإن اختلف القدر ، أو واحد مما بعده ، امتنع وظاهره : ولو اختلف نصيبهما ، كثلث ، وثلثين ، وأخذ كل واحد بقدره ، وهو ظاهر كلامهم اهـ معناه : أن كل واحد جعل له اقتضاء يخصه على قدر نصيبه ، وأما لو اتحد الاقتضاء واقتسماه على حسب مالكل فلا بأس .

قوله : (رقيقا) أى : إن كان قبل عقد الكتابة رقيقا ، وإن كان مدبرا رجع مدبرا ، وكان الأحسن أن يقول : رجع لما كان عليه قبل الكتابة .

قوله : (فإنه يرجع بذلك على السيد) أى : إذا لم يقصد الصدقة ، بأن قصد فكاك

بذلك على السيد (وَلَا يُعَجِّزْهُ إِلَّا السُّلْطَانُ بَعْدَ التَّلَوُّمِ إِذَا امْتَنَعَ مِنَ التَّعْجِيزِ) ظاهر كلامه : أنهما إذا اتفقا على التعجيز لا يفتقر إلى السلطان وإن كان له مال ظاهرٌ ، والمشهور : أنه إن كان له مال ظاهر ، لابد من تعجيز السلطان .

الرقبة – أوْ لَا قصد له – وكذا يرجع على العبد بالفضلة إن خرج حرا فيما إذا لم يقصد الصدقة ، فإن قصد بما دفع الصدقة ، فلا يرجع بالفضلة عليه إن عتق ، ولابما قبضه السيد إن عجز .

قوله : (ولا يعجزه إلا السلطان الخ) أى : بعد حلول الكتابة كلها .

قوله : (بعد التلوم) أى : لمن يرجى يسره ، قال **تت** والمشهور أنه لايتلوم لمن لا يرجى له مال ، والتلوم التربص ، ويختلف فى قلته وكثرته بقدر مايرجى له اهـ .

قوله : (إذا امتنع من التعجيز) أى : مع سيده .

قوله : (والمشهور أنه إذا كان له مال ظاهر لابد من تعجيز السلطان) أى : وأما إن لم يكن له مال ظاهر ، فإن اتفقا على التعجيز أو طلبه العبد وحده ، فلا يحتاج للحاكم ، وإن طلبه السيد وحده ، فلابد من السلطان . فالصور أربع : صورتان لا يتوقف فيهما التعجيز على رفع السلطان ، وصورتان يتوقف فيهما العجز عليه .

فالأولتان : ما إذا اتفقا على التعجيز ، أو طلبه العبد ولم يظهر مال .

والأخيرتان : ماإذا اتفقا على التعجيز وظهر للعبد مال ، أو طلب السيد التعجيز وأبى العبد .

هذا وما ذكره الشارح من المشهور قول سحنون . والمذهب : أنه إذا كان له مال ظاهر ، فلا يعجزه السلطان ولو اتفق مع سيده على التعجيز ، ورضي الحاكم .

وهذا كله إذا لم يكن معه فى الكتابة غيره كولده ، وإلا فلا يجوز له تعجيز نفسه ، ويجبر على السعي صاغرا .

تنبيه : إذا عجّز نفسه يصير رقيقا كما كان عليه أولا ، ولو ظهر له مال بعد ذلك أخفاه عن السيد ، أو لم يعلم به ، وظاهره : ولو ثبت ببينة بعد ذلك أنه كان أخفاه ، لأنه لم يظهر لأحد حين اتفاقهما .

(وَكُلُّ ذَاتِ رَحِمٍ) أي : صاحبة ولد من الآدميات (فَوَلَدُهَا بِمَنْزِلَتِهَا) إذا كان من زوج ، أو زنا ، أما إن كان من السيد فهو حر بلا خلاف ، إذا كان السيد حرا ، وإن كان عبدا فهو عبد بمنزلتها فى جميع أحكامها من : العتق ، والخدمة ، والبيع ، وغير ذلك (مِنْ مُكَاتَبَةٍ أَوْ مُدَبَّرَةٍ أَوْ مُعْتَقَةٍ إلى أَجَلٍ أَوْ مَرْهُونَةٍ) ع : وانظر هل يقتصر على هذه الأربعة بهذا الحكم ، أو يتعدى إلى غير ماذكر كالمعتق بعضها والمُوصى بعتقها ؟ وقال أبو محمد صالح : لا يدخل فى كلامه المُوصى بعتقها ،

قوله : (وكل الخ) إنما يكون الولد بمنزلة أمه ، إذا وقع عقد الكتابة ومامعها على الأم . وهو فى بطنها ، وأولى الحادث بعد العقد ، وأما المنفصل عن أمه قبل عقد كتابتها ، أو قبل تدبيرها ، أو قبل عتقها ، فلا يكون بمنزلتها .

قوله : (أى صاحبة ولد) أى : فأطلق المصنف الرحم على الولد من باب إطلاق اسم المحل على الحال ، إشارة إلى أن ذلك الولد المحكوم عليه بأن حكمه حكم أمه ، حال فى الرحم .

قوله : (من الآدميات) أى : وأما ذات الرحم غير الآدمية ، فتارة يكون بمنزلتها كنتاج حمارة أو خنزير على صورة بهيمة الأنعام ، فلا يؤكل ، وتارة لايكون بمنزلتها كنتاج الأنثى من الأنعام من حمار وحشي ، فلا زكاة فيه ، ولا يجزئ ضحية .

قوله : (من العتق) أى : يجري عليه العتق ، والخدمة ، والبيع ، وغير ذلك مما يجرى عليها ويتعلق بها ، لأنه رقيق ، هذا حاصله .

وقضيته : أنه إذا أخدم أمة حاملا أن يكون ولدها مخدما مثلها – وليس كذلك – ومثل ولد المخدمة فى كونه لا يدخل فى الخدمة : ولد المؤجرة ، لايدخل فى الإجارة . بقى الموصى بذاتها لشخص ، وهى حامل ، ومثلها : الموهوبة ، والمتصدق بها ، فإنه يدخل معها إلا أن يستثنيه سيدها ، فلا يدخل معها لصحة استثنائه فى هذه المذكورات ، بخلاف ما لو أعتقها ، أو باعها ، وهى حامل ، فيدخل معها ولا يصح استثناؤه .

قوله : (كالمعتق بعضها) الذى ذكره الحطاب فى حاشيته يفيد أنه بمنزلتها قاله **عج** .

قوله : (وقال أبو محمد صالح) لك أن تقول : إن مراد المصنف بقوله : كل ذات رحم الخ ، أى : فى العتق ، وشائبته ، ومقابل ذلك فلا يرد ولد المخدمة ، والمؤجرة ، والموصى بعتقها ، وأيضا إنما يتحقق كونها موصى بعتقها بموت المُوصي ، ولا يدخل فى ذلك ولد الدابة المعارة ، ونحوها ، أفاده **عج** .

إذ كل ماتلده في حياة السيد لا يدخل معها ، ولا يدخل معها إلا ما تلده بعد موت السيد ويعتق معها (وَوَلَدُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ غَيْرِ السَّيِّدِ) بعد صيرورتها أم ولد فهو (بِمَنْزِلَتِهَا) بلا خلاف في المذهب ، أما ولدها من غير السيد قبل صيرورتها أم ولد فرقيق .

(وَمَالُ الْعَبْدِ لَهُ إِلَّا أَنْ يَنْتَزِعَهُ السَّيِّدُ) ج : ظاهر كلامه أنه يملكه حقيقة ، فيقوم من كلامه فرعان : **أحدهما** : أنه يجوز له أن يطأ جاريته إذا ملكها ، وهو كذلك . **الثانى** : أنه يجب على العبد أن يزكى المال الذى بيده ، والمشهور لايزكي . (فإِنْ أَعْتَقَهُ أَوْ كَاتَبَهُ وَلَمْ يَسْتَثْنِ مَالَهُ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَنْتَزِعَهُ) اتفاقا ، إن اكتسبه بعد عقد الكتابة ، وعلى المذهب إن اكتسبه قبل عقد الكتابة .

(وَلَيْسَ لَهُ) أى : لا يجوز للسيد (وَطْءُ مُكاتَبَتِهِ) لأنها أحرزت نفسها

قوله : (من غير السيد) أى : الحر بأن كان من زوج أوزنا أو سيد رقيق .

قوله : (فهو بمنزلتها) أى : فى العتق من رأس المال ، وفى عدم جواز بيعه ، لافى الخدمة ، فإن له فيه كثير الخدمة ، بخلاف أمه فإن له فيها فوق مايلزم الزوج ودون مايلزم القنة .

قوله : (ظاهر كلامه أنه يملكه حقيقة) الصواب : أنه يملك ، لكن ملكا غير تام ، ويترتب على الأول أعنى : كونه يملك ، جواز وطئه لجاريته ، وعلى الثانى : وهو : كون الملك غير تام ، عدم وجوب تزكيته لما بيده ، وقيل : لايملك ، ويترتب عليه : إذا اشترى من يعتق على سيده ، فإنه يعتق على سيده .

قوله : (إذا ملكها) أى : دام ملكه ولم ينتزعها السيد ، أو أن المراد اشتراها – مثلا – ولم ينتزعها السيد .

قوله : (والمشهور لا يزكي) أى : فيشكل الأمر ، وبالصواب المتقدم لا إشكال .

قوله : (فليس له أن ينتزعه) لأن مال العبد يتبعه فى العتق وإن كثر دون البيع ، فإنه لايتبعه إلا بالشرط ، وكذا لا يباع إذا لم يعجز ولو رضى ، وإذا وقع فسخ ، إلا أن يعتقه مشتريه ، ففى نقض العتق خلاف .

قوله : (وليس له وطء مكاتبته) قلنا : إن الكتابة بيع أو عتق ، لأنها أحرزت نفسها ، وظاهر المصنف : ولو كانت مدة الكتابة تزيد على أمد الحمل المعتاد أو غيره ، قاله بعض الشراح .

ومالها ، فإن وطئ لاحد عليه على المشهور ، ويعاقب إلا أن يعذر بجهل ، قال فى الجواهر : فإن حملت خيرت فى التعجيز ، فتكون أم ولد ، والبقاء على كتابتها ، فإن اختارت التعجيز كانت أم ولد ، وإن اختارت البقاء كانت مستولدة ومكاتبة ؛ ثم إن أدت النجوم عتقت ، وإلا عتقت بموت السيد (وَمَا حَدَثَ لِلْمُكَاتَبِ وَالْمُكَاتَبَةِ مِنْ وَلَدٍ) بعد عقد الكتابة (دَخَلَ مَعَهُمَا فى الكِتَابَةِ وَعَتَقَ بِعِتْقِهِمَا) قوله : حدث للمكاتب ، يعني : من أمته احترازا مما لو حدث له من حرة ، فإنه يتبع أمه فى حريتها ، أو من أمة السيد فإنه للسيد ، أو من أمة الغير فإنه لسيدها ، واحترز بقوله : حدث عما إذا كاتبه وأمته حامل منه ، فإنه لا يدخل معه حملها إلا بالشرط

قوله : (فإن وطئ لاحد عليه) أى : للشبهة .

قوله : (إلا أن يعذر بجهل) أى : أو غلط ، ولا مهر عليه ، وإذا كانت بكرا ، وأكرهها فعليه نقصها وإلا فلا .

قوله : (خيرت في التعجيز) أى : إلا لضعفاء معها ، أو أقوياء لم يرضوا ، وحط حصتها إن اختارت الأمومة .

قوله : (وإن اختارت البقاء الخ) أى : ونفقة حملها على سيدها كالمبتوتة .

قوله : (وما حدث الخ) قال **تت** : أما مسألة المكاتبة فمكررة مع قوله : وكل ذات رحم فولدها بمنزلتها ، ويحتمل قول المؤلف : للمكاتب والمكاتبة ، أى : إذا كوتبا معا ، وحينئذ فلا تكرار ، ويرشحه التثنية ، وهى قوله : دخل معهما فى الكتابة وعتق بعتقهما ، قال **عج** : المراد بما يحدث للمكاتب : ما ينشأ من الحمل عن مائه بعد عقد الكتابة . **قلت** : وسيشير الشارح إلى هذا .

قوله : (دخل الخ) أى : من غير توقف على شرط .

وقوله : (وعتق) معطوف على دخل .

قوله : (واحترز بقوله حدث الخ) أى : فإنه يفيد أنه لم ينفصل عن ظهر الأب إلا بعد عقد الكتابة ، وكذا فى جانب المكاتبة ، أفاد أنه لم يخرج من بطنها إلا بعد عقد كتابتها .

قوله : (فإنه لا يدخل معه حملها إلا بالشرط) وكذا ولد المكاتبة الذي خرج من بطنها قبل عقد الكتابة ، فلا يدخل إلا بالشرط ، ولو تنازع السيد مع المكاتب ، فقال السيد : انفصل الولد عن ظهرك قبل عقد الكتابة فهو رقيق ، وقال المكاتب : إنما انفصل مني بعد

(وَتَجُوزُ كِتَابَةُ الجَمَاعَةِ) فى عقد واحد إذا كانوا لمالك واحد ، وتوزع على قدر قوتهم على الأداء يوم عقد الكتابة ، وقيدنا بإذا الخ ، لنحترز عما إذا كان شخصان - مثلا - لكل واحد عبد ، فأرادا جمعهما فى الكتابة فلا يجوز ، لأنه قد يعجز أحدهما أو يموت ، فيأخذ سيده مال صاحبه باطلا (وَلا يعْتقُونَ إِلَّا بِأَدَاءِ الجَمِيعِ) فعتق كل واحد منهم موقوف على عتق الباقين ، فلا يعتقون إلا مجتمعين ، وليس

عقدها ، فإن وضعته أمه لأقل من ستة أشهر من يوم عقد الكتابة ، أو أشكل الأمر ، فالقول للسيد للعلم بأنه انفصل قبل الكتابة فى الأولى ، وأما في للثانية فلأن الأصل الرِّقيَة حتى يتحقق خلافها ، وأما إذا وضعته لستة فأكثر فالقول للمكاتب .

قوله : (وتجوز كتابة الجماعة) أى : من الأرقاء .

وقوله : (فى عقد واحد) أى : بمال واحد .

قوله : (وتوزع على قدر قوتهم) فلا توزع على حسب الرؤوس ولا على حسب قيم العبيد .

قوله : (لأنه قد يعجز) أفاد هذا : أن محل عدم الجواز إذا شرطوا حمالة بعضهم عن بعض ، وهو كذلك ، وأما إذا وقع العقد على أن لا حمالة ، فهي جائزة ؛ ويجعل على كل عبد ماينوبه من جملة الكتابة . قال عج : وإن وقع حمالة بعضهم عن بعض ، فإنه لايجوز ابتداء ، وهل يمضى إن وقعت مطلقا ، أى : وتنقض الكتابة عليهم وتسقط حمالة أحدهم عن غيره ، أو إن أدى نجم ؟ فيها خلاف ، وانظر : لو وقعت على غير نص على الحمالة ولا على عدمها .

قوله : (ولا يعتقون) لأنهم حملاء فى القدر الذى جعل عليهم ولو من غير شرط ، بخلاف حمالة الدين تتوقف على الشرط . والفرق تشوف الشارع للحرية ؛ وحيث كانوا حملاء فيؤخذ من الملىء الجميع ، ويرجع على من دفعه عنه إن لم يكن زوجا له ، ولم يكن ممن يعتق عليه ، فإن كان زوجا ، لم يرجع عليه ، وظاهره : ولو أمره بالدفع عنه ، كما قال بعض الشراح لخليل . ولا يسقط عنهم شىء بموت واحد ، أو حدوث زمانته ، أو فقده ، أو أسره ، بخلاف استحقاقه برق أو حرية فيسقط نصيبه لتبين بطلان كتابته ، والمال الذى انتقل عليهم بسبب موته - مثلا - على السواء لا على قدر قوتهم ، وإنما الذي على قدر قوتهم إنما هو الأصلى .

قوله : (فلا يعتقون إلا مجتمعين) فلا يعتق واحد منهم إلا بتمام الجميع . هذا إذا كان أحدهم مليا ، وأما لو كانوا كلهم أملياء فلم يكن للسيد أخذ أحدهم بما على جملتهم .

للسيد أن يعتق بعضهم إذا كان فى بقائه مكاتبا معهم معونة لهم (وَلَيْسَ) أى : لايجوز (لِلْمُكَاتَبِ عِتْقٌ وَلَا إِتْلَافُ مَالِهِ) بغير عوض فيما له بال : كالهبة ، والصدقة (حَتَّى يُعْتَقَ) لأن ذلك إضرار لسيده ، وربما أدى ذلك إلى عجزه ، وظاهر كلامه : المنع من ذلك ، وإن أذن له السيد وهو قول في المدونة لغير ابن القاسم ، وقال ابن القاسم فيها : لايجوز إلا بإذن السيد ، ج : والأقرب أنهما يرجعان إلى قول واحد ، فيحمل قول الغير على إتلاف المال الكثير ، وقول ابن القاسم على اليسير ،

قوله : (إذا كان فى بقائه مكاتبا معهم معونة) أى : بأن كان قادرا على الكسب وأما لو كان ضعيفا فيجوز مع قوة الباقين ولو لم يرضوا ، وكلام الشارح مقيد بأن لايرضى الباقون ، وإلا فيجوز حيث كان لهم قوة على الأداء ، وإلا فلا . وحيث جاز عتق من له قوة فإنه يسقط عنهم حصته ؛ وحيث ردوا فيما لهم فيه الرد ، ثم عجزوا صح عتقه ، وإذا كان أدى شيئا من نجوم الكتابة قبل عتقه ، هل يرجع به على سيده ؟ وهو الصواب أو لا ؟ فيه خلاف ، وأما إذا لم يكن قويا وأعتقه فلا يحط عنهم شيء من حصته .

قوله : (وليس للمكاتب عتق) أى : لرقيقه لأدائه إلى عجزه ، إلا بإذن سيده ، فيصح والولاء للمكاتب .

وحاصل الفقه : أن الرقيق إذا أعتق رقيقه بإذن سيده ، أو بغير إذنه ، وأجازه بعد الوقوع ، فإن الولاء للمعتق إن كان السيد لاينتزع ماله ، وإلا فالولاء للسيد وإن أعتق بغير إذنه ، ولم يعلم بعتقه حتى عتق ، أو علم وسكت ، فإن الولاء للمعتق لا للسيد ، سواء كان للسيد انتزاع ماله أم لا .

قوله : (بغير عوض) أى : وأما بعوض فله من غير إذن السيد كالبيع ، والشراء ، والمشاركة ، والمقارضة ، والمكاتبة ، واستخلاف عاقد لأمته ، وإسلامه ، أو فداؤها إن جنت بالنظر ، وإقرار فى ذمته ، وأما الإقرار فى رِقِّيَته فغيره مثله فيه .

قوله : (كالهبة والصدقة) أى : وكالإقرار بجناية خطأ .

قوله : (المنع من ذلك) أى : من العتق والإتلاف .

قوله : (وهو قول فى المدونة لغير ابن القاسم) أى : وهو ربيعة .

وتقييدنا بما له بال احترازا عن الشيء الخفيف مما جرت العادة بإعطائه ككسرة ، فإنه جائز ، كما يجوز للمقارض ، والزوجة ، والشريك ، ونحوهم (وَ) كذلك (لَايَتَزَوَّجُ) أي : لايجوز له ذلك ، لئلا يعيبه إن عجز (وَلَا يُسَافِرُ) أي : ولا يجوز له أن يسافر (السَّفَرَ الْبَعِيدَ) الذى تحل فيه نجومه قبل قدومه (بِغَيْرِ إِذْنِ سَيِّدِهِ) **ق** : الضمير فى قوله : بغير إذن سيده يعود على التزويج والسفر خاصة ، وظاهر كلامه : أنه لو أذن له السيد جاز – وهو كذلك – إن لم يكن معه أحد فى الكتابة ، أو كان ، وأذن له إن كان ممن يصح إذنه .

قوله : (ولا يتزوج) أى : بغير إذن سيده ، كان نظرا أو غير نظر ، لأن ذلك يعيبه ، ولسيده رده وفسخه ، ولا شيء لزوجته حيث لم يدخل بها ، فإن رده سيده وقد دخل بها ، فإنه يفسخ ، ويترك لها ربع دينار ، ولا يتبع بما بقي بعد ذلك إذا عتق ، وإن كان دفع لها أزيد ، يرجع عليها به ، فإن أجاز سيده جاز ، إذا لم يكن معه أحد فى الكتابة ، فإن كان معه غيره لم يجز إلا برضاهم . وإن كانوا صغارا ، فسخ تزويجه على كل حال .

قوله : (أى ولا يجوز له أن يسافر السفر البعيد) أى : إذا لم يكن معروفا به ، وإلا فلا يمنع لدخوله على ذلك .

قوله : (الذي تحل فيه نجومه) المراد : أنه يحل فيه نجم قبل قدومه .

والحاصل : أن المراد بالبعيد : مايحل فيه نجم ، وأما إذا لم يحل فيه نجم ، فيجوز له أن يسافر بغير إذن سيده ، وليس لسيده منعه منه .

تنبيه : ماهو مظنة حلول نجم كحلوله بالفعل ، كما يفيده كلام الشيخ داود عليها ، والطخيخى على خليل قاله **عج** .

قوله : (الضمير الخ) فيه نظر ، إذ الضمير فى سيده إنما يعود على العبد المكاتب ، ولعل العبارة – وقوله : بغير إذن سيده – : يعود على التزويج الخ ، فتدبر . أى : وأما فى العتق ، وإتلاف المال ، فإنه لايعتبر إذنه فى ذلك ، لكن فى العتق واضح ، وفى إتلاف المال على ماتقدم لابن ناجى ، كما فى كلام **عج** التصريح بأن كلام ابن القاسم وغيره والتوفيق بينهما – بما تقدم – جار فى العتق .

قوله : (إن كان ممن يصح إذنه) وأما لو كان صغيرا لفسخ ولا يعتبر رضاه ، كما تقدم .

(وَإِذَامَاتَ) المكاتب (وَلَهُ وَلَدٌ) دخل معه فى الكتابة أو حدث بعدها (قَامَ) ولده (مَقَامَهُ) فى أداء الكتابة إلا أنه لا يؤدى ذلك منجما بل حالّا وإليه أشار بقوله : (وَوَدَّى مِنْ مَالِهِ) أي : من مال الميت (مَا بَقِيَ عَلَيْهِ حَالًّا) إذا ترك قدر ما عليه فأكثر ، لأنه بموته حلت نجومه لخراب ذمته بالموت ، كسائر الديون المؤجلة تحل بموت من هى عليه .

(وَوَرِثَ مَنْ مَعَهُ مِن وَلَدِهِ مَابَقِىَ) ع : ظاهر هذا : أنه لا يرث ما بقي إلا من كان معه في كتابته من ولده ، أو حدثوا له بعد الكتابة ؛ وهذا قول ، والذى فى المدونة : يرث كل من يعتق عليه ممن معه فى الكتابة ، وأما من كان من أقاربه خارجا عن الكتابة فلا يرثه ، سواء كانوا أحرارا أو عبيدا ؛ وإنما قيدنا بإذا ترك الخ ،

قوله : (دخل معه في الكتابة) أى : بشرط .

وقوله : (أو حدث بعدها) ولا يحتاج لشرط .

قوله : (وودى من ماله) أى : وجوبا .

قوله : (لأنه بموته حلت) فالحلول عند وجود مابه الوفاء .

قوله : (والذى فى المدونة) أى : وهو الراجح ، يرثه كل من يعتق عليه ، دخل بشرط أو غيره ، أما الأول فواضح ، وأما الثانى فبأن يشترى المكاتب من يعتق عليه زمن كتابته ، ففى المدونة : ولا ينبغى للمكاتب أن يشترى أباه وولده إلا بإذن سيده ، فمن ابتاعه بإذن سيده فمن يعتق على الحر بالملك دخل معه فى الكتابة وصار كمن عقدت الكتابة عليه .

والحاصل : أنه لا يرثه إلا بشرطين : أن يكون معه ، وأن يكون ممن يعتق عليه ، فلا يرثه من ليس معه ولو ممن يعتق عليه ، ولا من معه ممن لايعتق عليه ؛ فأخوه الذي معه يرثه دون ولده الذي ليس معه ، وإن كان فى كتابة أخرى ؛ فإن كان معه فى كتابة واحدة فالإرث معه على فرائض الله تعالى ، فيقدم الابن على الأخ ، وبنتان فى الثلثين ، والباقى لعمهما لكونه معهما فى كتابة واحدة ، فإن لم يكن معهما فى كتابة واحدة ، كان الثلث للسيد . وإنما لم يرثه من فى كتابة أخرى ، لأن شأن المتوارثين التساوى حال الموت ، وهو هنا غير محقق لاحتمال أداء أصحاب أهل الكتابيتين دون الأخرى .

لقوله : (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِى الْمَالِ وَفَاءٌ بِهَا) أى : بالكتابة (فَإِنَّ وَلَدَهُ يَسْعَوْنَ) أى : يعملون فيه (وَيُؤَدُّونَ نُجُوماً) على تنجيم الميت (إِنْ كَانُوا كِبَارًا) لهم قدرة على السعي ، وأمانة على المال ، وإلا أعطى المال لأمين ، يؤدي عنهم (وَإِنْ كَانُوا) أى : أولاد المكاتب (صِغَارًا وَلَيْسَ فِي الْمَالِ قَدْرُ النُّجُومِ إِلَى بُلُوغِهِمُ السَّعْيَ رَقُّوا) ق : مفهومه : أنه لو كان فيه ما يبلغهم السعي لم يرقوا ، ويوضع ذلك على يد

قوله : (فإن لم يكن فى المال وفاء) سالبة تصدق بنفي الموضوع ، فتصدق بعدم المال أصلا ، أى : فالشرط قدرتهم على السعي ، وإن لم يكن أبوهم ترك شيئا .

قوله : (فإن ولده يسعون) فإن أدوا عتقوا ، وإلا رقوا ، ولا مفهوم للولد ، أى : من معه فى الكتابة ، كان ولدا أو غيره ، وإنما يفترقان فى إعطاء ماتركه مما لايفي ، فلا يعطى لأجنبى ، وإنما يعطى لولده إن كان وحده ، أو وأمه إن كانت معه أمه .

قوله : (أى يعملون فيه) أى : فى المال ، أى : أولاده يعملون ، أى : ورثته لا خصوص الولد .

وقوله : (وإلا أعطي المال لأمين) بأن لم يكن أمانة ، أى : ولهم قوة على السعي ، أى : فيحصلون بسعيهم ولو بإجارة لأنفسهم ما فيه وفاء النجوم ، وأما إذا لم تكن لهم قوة على السعى كانت أمانة أو لا رقوا .

قوله : (وليس فى المال قدر الخ) قد تقدم أن الكتابة تحل عليه بموته إذا ترك وفاء ، وهذا لم يترك وفاء ، فإذا ترك وفاء حلت بموته — صغارا كانوا أو كبارا — وأما إذا لم يترك وفاء ، فالتفصيل كما قال المصنف ، أى : وعجل المال للسيد إذ لا فائدة في الانتظار حينئذ ؛ وكلام المصنف حيث لم يكن معهم أم ولد ، فإن كان معهم أم ولد لها قوة وأمانة ، دفع إليها المال إن رجي لها قوة على السعي فى بقية الكتابة قاله تت .

واعتبار الأمانة إنما هو فى دفع المال لها ، وأما إذا كان لها قوة على السعي فى بقية الكتابة ، وهي غير مأمونة ، فإن ولده لا يرقون ، أى : بل ولو لم يترك شيئا ، فإنها تسعى إن قويت ، وإن لم يكن لها قوة وكان فى ثمنها مع ماتركه الميت أو فى ثمنها وحدها حيث لم يترك مالا مايبلغهم على السعى ، فإنها تباع ، ويدفع ثمنها في النجوم . وانظر إذا قويت على السعى وأبت ، هل تجبر عليه ، أو تباع حيث كان فى ثمنها مايبلغهم للسعي ؟ قاله عج .

تنبيه : إذا لم يكن للولد قوة وأمانة ، فإنه يعطى لأم الولد عند قوتها وأمانتها ، وإن لم تكن داخلة فى عقد الكتابة .

أمين ، ويعطى للسيد على قدر النجوم (وَإِنْ) مات المكاتب و (لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ مَعَهُ فى كِتَابَتِهِ) وليس فى ماله وفاء (وَرِثَهُ سَيِّدُهُ) ق : يعنى بالرق لا بالولاء لكونه مات رقيقا .

ثم انتقل يتكلم على أم الولد ، وهي فى العرف : الأمة التي ولدت من سيدها فقال : (وَمَنْ أَوْلَدَ أَمَةً فَـ)ـيباح (لَهُ أَنْ يَسْتَمْتِعَ مِنْهَا فِي حَيَاتِهِ) بالوطء ودواعيه ، لقوله تعالى : ﴿ أَوْ مَامَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ﴾ [المؤمنون : ٦ ، المعارج : ٣٠] وتسرى رسول الله ﷺ بمارية القبطية (وَتُعْتَقُ مِنْ رَأْسِ مَالِهِ بَعْدَ مَمَاتِهِ) من

قوله : (وإن لم يكن له ولد) أى : ولا غيره ممن يعتق عليه .

قوله : (وليس فى ماله وفاء) فيه نظر بل ولو كان فى المال وفاء ، إلا أن يقال المفهوم فيه تفصيل وهو : أنه إذا كان فى المال وفاء ، وحكم على السيد بقبضها ، أو أشهد عليه بإتيانه بها ولم يقبلها ، فإنه لا يرثه وإلا ورثه .

وقوله : (ورثه) فيه تجوز لأنه رق .

قوله : (أم الولد) الأم فى اللغة : أصل الشيء ، وتجمع على أمات ، وأصل أم أمهة ولذلك تجمع على أمهات ؛ وقيل الأمات للنعم ، والأمهات للناس .

قوله : (وهى فى العرف) أى : عرف الفقهاء ، لا يخفى أن هذا التعريف يصدق بما إذا كان السيد رقيقا ، فالتعريف غير مانع ، وأما أم الولد فى اللغة ، فهي : كل من لها ولد . قال ابن عرفة فى تعريف أم الولد : هى الحر حملها من وطء مالكها عليه جبرا . فتخرج الأمة التي أعتق سيدها حملها من غيره ، والأمة المملوكة لأبى زوجها ، فإن حملها إنما جاءت حريته من عتقه على جده ؛ وهاتان الصورتان خرجتا بقوله : من وطء مالكها .

قوله : (ومن أولد أمة) أى : من الأحرار .

قوله : (بالوطء ودواعيه) أى : مقدماته ، أى : بسائر أنواع الاستمتاعات التى تجوز فى الزوجة ، وإنما جاز له ذلك لبقاء الملك عليها ، وله أخذ قيمتها ممن قتلها .

قوله : (لقوله تعالى) أى : فعموم الآية يدل على جواز وطء أم الولد .

وقوله : (وتسرى) أى : وأولدها إبراهيم ، واستمر على وطئها بعد إيلادها ، وهذا هو محل الدليل من تسريه بها ، لامطلق التسرى ، كما هو ظاهر عبارته ، وكأنه ترك ذلك لظهوره . أهداها له ﷺ المقوقس ؛ وكانت بيضاء جميلة ، والقبطية نسبة للقبط وهم أهل مصر ، كما فى الصحاح .

قوله : (وتعتق من رأس ماله) وتقدم على الدين والكفن قاله عج . ومحل عتقها حيث كان

غير حكم حاكم ، ولا يرقها دَيْن كان قبل حملها أو بعده ، سواء مات حتف أنفه ، أو قتلته عمدا أو خطأ ، ولم يراعوا هنا علة الاستعجال ، كما قالوا فى المدبر يرجع رقيقا ، والفرق بينهما ثبوت الحرية لأم الولد قبل القتل ، بخلاف المدبر فإنه يباع فى الدين إذا استغرقه ، بخلاف أم الولد فإنها لاتباع بحال فى الدين إلا فى مسائل

السيد حرا ، وغير محجور عليه للغرماء حين الوطء الذى منه الولادة ، فإن وطئ المفلس أمته الموقوفة ، للبيع ، فحملت من ذلك الوطء لم يمنع بيعها بخلاف من استولدها قبل التفليس .

قوله : (مات حتف أنفه) أى : مات موتا علم من أنفه ، وذلك أن هذا الكلام يقال فى شأن حيوان مات بدون سبب من ضرب وغيره ، وشأنه أن يأخذ فى التنفس حتى ينقطع ، فلذا خص بالأنف ، وهل له فعل ، وهو حتف تقول : حتفه الله يحتفه حتفا – من باب ضرب – إذا أماته ، وماقلناه من التفسير فهو تفسير باللازم ، أو لا فعل له ؟ قولان ، والأول أصح .

قوله : (ثبوت الحرية لأم الولد) الأولى أن يقول : لقربها من الحرائر . فى منع إجارتها ، وبيعها فى دين أو غيره ، ورهنها ، وهبتها ، وغير ذلك دون المدبر ، لأن عتقها لا يرده الدين ولو سابقا .

قوله : (إلا فى مسائل) أى : ستة تباع فيها أم الولد :

الأولى : الأمة المرهونة يطؤها الراهن بغير إذن المرتهن ، والحال أنه معسر ، فإنها تباع بعد الوضع ، والولد حر لا يباع .

الثانية : الأمة الجانية ، يطؤها سيدها بعد علمه بجنايتها ، والحال أنه عديم ، فإنها تسلم للمجنى عليه ، وولدها حر .

الثالثة : أمة التركة ، يطؤها أحد الورثة ، وعلى الميت دين يستغرق التركة ، والواطئ لها عديم وعالم بالدين ، فإنها تباع دون ولدها .

الرابعة : أمة المفلس ، يطؤها بعد وقفها للبيع وتحمل ، فإنها تباع بعد الوضع دون ولدها .

الخامسة : الأمة المشتركة ، يطؤها أحد الشركاء مع عسره وتحمل ، فإنها تباع بعد وضعها دون ولدها .

السادسة : أمة القراض ، يطؤها العامل مع عسره ، وزاد بعضهم : أمة المكاتب .

استثناها الأصحاب نقلناها فى الكبير (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا) فإن وقع فسخ ، وإن عتقها المشتري ، أو اتخذها أم ولد ، أو ماتت ، فيرجع المشترى على البائع بالثمن ، ومصيبتها من البائع ؛ ومثل البيع : الهبة ، والرهن ، ونحوهما .

ونظمها بعضهم فقال :

تباع أم الولد فى ستة فاجتهد
أحبلهـــا راهنها أو الشريك فاعدد
أومفلس وإن جنت سلـم له فسدد
أو أحد الورّاث أو مقارضا فيعتـدي

وزاد تت سابعة فقال :

وأمـة سيدهـا مكاتب فاعتمد

قوله : (ولا يجوز بيعها) أى : ولو كان على السيد دين استدانه قبل استيلادها .

قوله : (فإن وقع فسخ) أى : ولو أعتقها المشترى اعتقد أنها قن ، أو علم أنها أم ولد ، وترجع لسيدها .

قوله : (فيرجع المشتري على البائع) أى : فى كل الصور بالثمن ، ومحل رد عتق المشترى لها مالم يكن المشترى اشتراها على أنها حرة بمجرد الشراء ، أو على شرط العتق وأعتقها ، فإن اشتراها على أنها حرة بالشراء فإنها تكون حرة بالشراء ولا يرد عتقها ، سواء علم حين الشراء أنها أم ولد أو لا ، ويستحق بائعها فى الوجهين ثمنها ، ويكون الولاء له ، وإن اشتراها بشرط العتق وأعتقها لم يرد عتقها ، لكن إن علم حين الشراء أنها أم ولد استحق سيدها ثمنها أيضا ، لأن المشترى حينئذ كأنه فكها ، والولاء لسيدها الأول ، فإن اعتقد أنها قن فالثمن له لا للبائع ، والولاء للبائع ؛ فإذا لم يعتقها فى هذه الصورة فسخ البيع وردت .

وقوله : (أو اتخذها أم ولد) فترد بالأولى ، ثم إن علم المشترى بأنها أم ولد ، غرم قيمة ولده للبائع ، وإن لم يعلمه وكتمه البائع وغيره ، فهل يغرم قيمته أيضا ، وهو قول ابن الماجشون ، أو لا ؟ لأنه أباحه إياها ، وهو لمطرف اللخمى ، وهو أحسن ، خلاف ؛ ولو زوجها المشترى من عبده ردت مع ولدها ولا يكون له حكم أم الولد .

وتنبيهان : **الأول** : قوله : تعتق من رأس ماله ، يعارضه قوله : ويبدأ بالكفن ، لكن قال بعضهم : يريد بعد المعينات .

الثانى : قوله : بعد مماته ، هذا إذا ولدت فى حياته ، أما إن مات وتركها حاملا ، فقال ابن القاسم : تعتق إذ ذاك ، وقال ابن الماجشون ، وسحنون : لاتعتق حتى تضع ، وعلى هذا القول نفقتها من تركته (وَلَا لَهُ عَلَيْهَا خِدْمَةٌ) كثيرة ، وأما اليسيرة ، فله أن يستخدمها فيها كالطحن والسقي (وَلَا غَلَّةَ) فلا يؤاجرها من غيره (وَلَهُ ذَلِكَ) أى : ماذكر من الغلة والخدمة (فى وَلَدِها مِنْ

تنبيه : وإذا فسخ البيع فيما يفسخ فيه ، فظاهر المذهب : أنه لاشىء على البائع مما أنفقه المشترى ، ولا له شىء من قيمة خدمتها .

قوله : (قال بعضهم يريد بعد المعينات) أى : يريد بقوله : ويبدأ بالكفن بعد المعينات من أم الولد وغيرها .

قوله : (فقال ابن القاسم الخ) أى : والفرض أنه أقر بوطئها ، احترازا مما إذا لم يقر بوطئها ، أو ظهر حملها بعد موته ، فلا تعتق به بخلاف ظهوره قبله ، وتظهر ثمرة الخلاف أيضا : لو مات لها مورث بعد موت سيدها ، وقبل وضعها ، فعلى الأول ترثه ، لا على الثانى .

(قوله خدمة) أى : لايجوز له أن يجعل عليها خدمة كثيرة بغير رضاها .

قوله : (وأما اليسيرة) هو مانقص عما يلزم الأمة وفوق مايلزم الحرة .

قوله : (كالطحن الخ) الأحسن فى ذلك الرجوع للعرف .

قوله : (ولا غلة) ظاهرة : ولو قليلة والفرق بين الخدمة والغلة أن الخدمة يستعملها بنفسه من الطحن وغيره ، والغلة أن يؤاجرها من غيره ، كما أفاده الشارح ، فإن آجرها بغير رضاها فسخت ولها أجرة مثلها على من استعملها ، وله إجبارها على النكاح على قول ، وأرش الجناية عليها ، ولا تقبل شهادتها ، وحدها نصف حد الحر ، ولا ترث ، ولا يقسم لها فى البيت .

قوله : (أى ماذكر) أى : فأفرد باعتبار المذكور .

وقوله : (من الخدمة) أى : الكثيرة .

قوله : (فى ولدها من غيره) أى : الولد الحاصل لها بعد حملها من سيدها ، وأما الحاصل قبل الاستيلاد فهو رقيق ، وفى **تت** التصريح بأن تزويج أم الولد للغير مكروه .

غَيْرِهِ) فيؤاجره من غيرِهِ (وَهُوَ) أى : ولد أم الولد من غيره (بِمَنْزِلَةِ أُمِّهِ فى الْعِتْقِ يُعْتَقُ بِعِتْقِهَا) هذا إذا مات السيد وهي حية ، فإن ماتت قبله فلا يعتق أولادها حتى يموت السيد (وَكُلُّ مَا أَسْقَطَتْهُ مِمَّا يُعْلَمُ أَنَّهُ وَلَدٌ فَهِىَ بِهِ أُمُّ وَلَدٍ) مضغة ، أو علقة ، وكذلك الدم المنعقد على المشهور (وَلَا يَنْفَعُهُ) أى : السيد (الْعَزْلُ) وهو : الإنزال خارج الفرج ، أي : لا ينفعه ادعاء العزل عن الأمة (إِذَا أَنْكَرَ

قوله : (فيؤاجره) تفريع على ماتقدم ، وحينئذ فالمناسب أن يقول ، فيستخدمه أو يؤاجره من غيره .

قوله : (وهو بمنزلة أمه فى العتق يعتق بعتقها) قال **تت** : ولو قتلت سيدها عتقت ، وكذا يعتق ولدها وتقتل إن تعمدت اهـ قال **عج** : وأما خطأ فلا شيء عليها ، ويلغز بها فيقال : قتل فى عمده القصاص ولا شيء فى خطئه اهـ .

قوله : (مما يعلم أنه ولد) أى : بشهادة النساء العارفات .

قوله : (فهي به أم ولد) أى : بشرطين :

أحدهما : إقرار السيد بوطئها مع الإنزال ولو كان الإقرار فى المرض ، فلو أنكر الوطء ، ولم تشهد عليه بينة بالإقرار بوطئها ، وأتت بولد فلا يلحق به ، ولا يلزم يمين لأنه لم يطأ ، كما إذا مات من غير اعتراف بالوطء ، ووجدت أمته حاملا ، فلا تعتق لاحتمال كونه من زنا ، وكذا لايلزمه الولد إذا قال : كنت أطأ من غير إنزال .

والثاني : أن يثبت ولادتها ، أو يسقطها ولو بشهادة امرأتين حيث كان الولد معدوما ، وأما لو أتت به ، وقالت : هذا الولد منك مع إقراره بوطئها وإنزاله ، فإنها تكون به أم ولد ولو لم تحصل شهادة على الولادة .

قوله : (وكذلك الدم المنعقد على المشهور) وهو الذى إذا صب عليه الماء الحار لايذوب ، ومقابله ما لأشهب : لاتكون أم ولد بالدم المجتمع الذى إذا ألقى عليه الماء الحار لم يذب اهـ .

قوله : (ولا ينفعه العزل) وكذا لاينفعه الوطء بدبرها ، أو بين فخذيها إن أنزل – كما فى خليل – وكذا إذا لم ينزل في وطئه إياها ، وقد أنزل قبله فى غير وطئها ولم يبل كما ذكره أيضا فى اللعان ، قاله **عج** . وعزله عن أمته جائز إذ لاحق لها فى الوطء ، وأما أمة غيره فلايجوز له إلا بإذن سيدها ، لأن له حقا فى ولدها ، ولا يجوز ذلك فى الحرة إلا بإذنها .

وَلَدَهَا) أن يكون منه (وَ) الحال أنه (أَقَرَّ بِالْوَطْءِ) لأن الماء قد يغلبه ولو اليسير منه (فَإِنِ ادَّعَى) السيد (اسْتِبْرَاءً) بحيضة فأكثر (لَمْ يَطَأْ بَعْدَهُ ، لَمْ يُلْحَقْ بِهِ مَا جَاءَ مِنْ وَلَدٍ) على المشهور ، ولا يلزمه في ذلك يمين .

ثم انتقل يتكلم على العتق ، وهو **شرعا** : خلوص الرقبة من الرق . **وحكمه** : الندب ، وهو من أعظم القربات ، لما صح أنه ﷺ قال : « مَنْ أَعْتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً أَعْتَقَ

قوله : (فأكثر) لا حاجة له .

قوله : (ماجاء من ولد) أى : حيث أتت به لستة أشهر من الاستبراء ، وأما فى حكمها كستة إلا خمسة أيام ، وأما إن أتت به لأقل من ذلك ، فإن كان فى طور لايكون عليه إلا من حملت به قبل الاستبراء ، فإنه يلحق به ، وإن كان فى طور يكون عليه من حملت به بعد الاستبراء ، فإنه لا يلحق به ، كما يفيده كلام القرافى اهـ المراد من **عج** .

وقوله : (على المشهور) ومقابله للمغيرة ، لا يصدق فى دعواه الاستبراء ويلحق به الولد .

قوله : (ولا يلزمه فى ذلك يمين) أى : فى ادعائه الاستبراء .

قوله : (وهو شرعا الخ) وأما لغة ، فهو : الخلوص ، والكرم لخلوص الرقبة من الرق ، ولذا سمي البيت بالعتيق لخلوصه من أيدي الجبابرة ، ومن الطوفان .

قوله : (لما صح الخ) أى : ولأن الله سبحانه وتعالى جعله كفارة للقتل ، وصلة الرحم أفضل منه ، لما فى مسلم قال رسول الله ﷺ لامرأة أعتقت رقبة . « لَوْ كُنْتِ أَخْدَمْتِيهَا أَقَارِبَكِ لَكَانَ أَعْظَمَ لِأَجْرِكِ » [1] وهل ذلك شامل للرقاب الواجبة ؟ حرره .

قوله : (أعتق الله الخ) ظاهر الحديث يقتضي : أنه إذ أعتق ناقص عضو لايحجب النار عن العضو الذى يقابله منه وهو ممكن ، لأن الألم يخلقه الله تعالى فى أى عضو شاء ، كما جاء فى الصحيح . « أَنَّ ٱللَّهَ تَعَالَى حَرَّمَ النَّارَ أَنْ تَأْكُلَ مَوْضِعَ السُّجُودِ » [2] قاله فى التحقيق .

---

(١) البخارى باب الهبة ١٢٧/٢ – مسلم ٦٩٤/٢ أبو داود : ١٧٧/٢ .

(٢) البخارى : أذان . التوحيد ٤٩/١ ، مسلم إيمان : ٥١/١ ابن ماجه زهد ، ١٤٤٧/٢ .

ٱللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بِكُلِّ إِرْبٍ مِنْهَا إِرْباً مِنَ النارِ » (١) وفى لفظ : « أَعْتَقَ ٱللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهَا عُضْواً مِنْهُ مِنَ النَّارِ حَتَّى فَرْجَهُ بِفَرْجِهِ » .

وعتق الذكر أفضل .

قوله : (بكل إرب الخ) أى : عضو ، كما فى القاموس .

قوله : (حتى فرجه الخ) غيا بالفرج لقضاء الشهوة به ، فيتوهم عدم دخوله .

قوله : (وعتق الذكر أفضل) ثم أعلى الرقاب وأنفسها عند أهلها ، وإن كان الأعلى ثمنا كافرا ، فضله مالك ، وخالفه أصبغ ، ونسب للجمهور ، قال فى التوضيح : قيل وهو الأقرب ، وأن الذى يظهر أن السيد لا يعتق من النار إلا بعتق عبدين نصرانيين ، فإنه لما كانت قيمتهما مثل دية الحر المسلم كان كالمرأة ، أما إذا تساويا فالمسلم أفضل بلا خلاف ، قال فى الذخيرة : وإذا كانا مسلمين ، فالدِّين أفضل ، وإن كان أقلهما ثمنا . وفى المقدمات : إنما يكون الأعلى ثمنا أفضل عند استوائهما فى الكفر والإسلام .

قوله : (وهو البالغ العاقل الخ) صادق بالكافر ، إذ يصح عتقه لعبده الكافر ، ويلزم إن أسلم العبد أو كان مسلما ، أو بان عن سيده ولم يسلم ، وأما لو لم يسلم العبد ولا بان عن سيده ، فإن أسلم سيده فيصح كذلك ، وإلا فلا يلزم بل له الرجوع فيه ، لأن عتقه فيه صحيح غير لازم ، وكذا يدخل فيه السكران بحرام فيلزمه عتقه كطلاقه .

قوله : (ولا يجوز عتق الصبى الخ) اعلم : أن السفيه ، والمجنون ، والصبى إعتاقهم باطل ، والمريض ، والزوجة فى زائد الثلث ، والمدين ، يتوقف إعتاقهم على الإجازة حتى يرد .

فقول الشارح : (ولا المحجور عليه) يفصل فيه .

قوله : (ولا من أحاط الدين بماله) فإن أعتق ، فإن عتقه لا ينفذ ، ولغريمه أن يرده كله إن استغرق الدين جميع ماله ، أو يرد بعضه إن استغرق بعض ماله ، فإذا كان عليه عشرة دراهم – مثلا – وعنده عبد يساوى عشرين درهما – مثلا – فأعتقه ، فلصاحب الدين أن يرد بعضه ، وهو ما قابل الدين ، ويباع من الرقيق بقدر العشرة إن وجد من يشترى ذلك ، وإلا بيع جميعه .

ومحل رد الغريم لعتق من أحاط الدين بماله ، ما لم يعلم رب الدين بالعتق ، ويرضى به ، ولم يرده ، أو يطول زمن العتق وإن لم يعلم ، فيصح العتق .

---

(١) البخارى : كفارات ١٨/٢ مسلم العتق ١٦٧/١ أبو داود : ٣٩/٤ ، ابن ماجه ٨٤٣/٢

وله ثلاثة أركان :

أولها : المعتق – بكسر التاء – وهو : البالغ ، العاقل ، الذي لا حجر عليه ، ولم يُحِط الدين بماله (وَلَا يَجُوزُ عِتْقُ) الصبي ، ولا المجنون ، ولا المحجور عليه ، ولا (مَنْ أَحَاطَ الدَّيْنُ بِمَالِهِ) كان الدين حالًّا ، أو مؤجلا ، لأنه حينئذ تصرف فى ملك الغير .

ثانيها : المعتق – بفتح التاء – وهو رقيق – قن ، أو من فيه شائبة من شوائب الحرية ، كالمدبر .

ثالثها : الصيغة ، وهى : إما صريح ، وهو : مادل وضعا على رفع الملك بدون احتمال ، ولا قرينة تصرفه عن إرادة العتق ، كفككت رقبتك من الرق ، أو حررتها ، أو أنت حر . أما إن كان ثم قرينة تصرف اللفظ عن إرادة العتق ، فلا يلزمه عتق كقوله لعبده متعجبا من عمله – مثلا – ما أنت إلا حر ، لأن مراده

والطول بأن يشتهر بالحرية ، ويثبت له أحكامها بالموارثة ، وقبول الشهادة .

وما لم يفد المدين مالا قدر الدين الذى عليه ، فإن عتقه يمضى ولا يرد . ولو كانت إفادة المال قبل نفوذ البيع ، كما إذا كان البيع على الخيار ، بأن رد السلطان عتق المديان وباعه عليه .

وقد علمت أن بيعه على الخيار ثلاثة أيام ، فقبل مضى أيام الخيار أفاد السيد مالا ، فإن عتقه يمضى ولا يرد ، لأن رد الحاكم رد إيقاف كرد الغرماء . وأما بعد نفوذ البيع فلا يرد ، هذا إذا كان البائع السلطان كما صورنا ، أى : أو المفلس ، أو الغرماء بإذن السلطان ، وأما هو ، أو هم ، بغير إذنه فيرد البيع بعد نفوذه أيضا ، حيث أفاد مالا .

واستشكل قولنا : أو يرد بعضه ، مع فرض إحاطة الدين بماله ؟ والجواب : أن يفرض ذلك فى الصورة المتقدمة ، وهى : ما إذا كان عنده عبد يساوى عشرين ، وعليه عشرة ، وأعتقه كله ، ولم يوجد من يشترى بعضه ، أى : بقدر الدين ، فإنه يباع كله ، فهو إحاطة بهذا الاعتبار .

قوله : (ثانيها المعتق) شرطه أن لا يتعلق به حق لازم ، كالمرهون ، والمستأجر ، والعبد الجانى ، فإن عتقهم موقوف على إجازة رب الحق ، وانظر تفصيل ذلك .

قوله : (بدون احتمال) أى : حال كون ذلك غير مصاحب لاحتمال ولا قرينة ، وعطف القرينة تفسير .

قوله : (كقوله لعبده متعجبا من الخ) أى : فلم يرد بذلك العتق ، وإنما أراد أنت فى

أنت حر الفعال ، أو كقوله لعَشار : هو حر ، وقصد بذلك رفع الظلم عنه دون الحرية . وإما **كناية** : كوهبت لك نفسك ، أو أعتقتك ، أو تصدقت عليك بعتقك ، ولا يحتاج إلى نية في هذه الألفاظ ونحوها . وأما نحو اسقنى ، أو اذهب ، فإنه لا يكون بمجرده موجبا لفكاك الرقبة من ملكه حتى تصحبه النية .

وللعتق خواص منها . ما أشار إليه بقوله : (وَمَنْ أُعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ) كالربع ، أو الثلث ، أو النصف ، أو أعتق عضوا من أعضائه كيد (اسْتُتِمَّ) أى :

عملك كالحر ، أو عمل شيئا لم يعجب سيده ، فقال له : أنت حر ، أو ما أنت إلا حر ، جوابا لمخالفته ، ولم يرد بذلك الحرية ، وإنما أراد أنت فى مخالفتك مثل الحر . وهذه الصورة قد دخلت تحت قول الشارح : مثلا ، قال فى المدونة : ومن أعجب من عمل عبده ، أو خالفه عند أمره بشىء ، فقال : ما أنت إلا حر ، فلا شىء عليه فى الفتوى ولا فى القضاء ، ولو قامت عليه بينة بذلك .

قوله : (أو كقوله لعشار الخ) ولابد من ثبوت إكراهه على المكس حتى ذكر حريته ، لأن القرينة بساط والبساط لابد من ثبوته .

قوله : (وأما كناية الخ) حاصله : أن الصيغة إما صريحة أو كناية ، والكناية إما ظاهرة أو خفية ، فالصريحة هى التى لا تنصرف عن العتق ، والكناية الظاهرة هى التى لا تنصرف عنه إلا بنية كوهبت لك نفسك ، والخفية هى التى لا تنصرف إليه إلا بنية كاذهب .

قوله : (أو أعتقتك) فيه نظر ، بل هى من الصريح ، فالصريح كل ما فيه لفظ العتق ، أو التحرير ، أو الفك .

وقوله : (أو تصدقت عليك بعتقك) الظاهر أن هذه من الصريح ، نظرا لقوله : بعتقك ، فلعل الشارح نظر إلى لفظ تصدقت فجعله من الكناية .

قوله : (بعض عبده) كان قنا ، أو مدبرا ، أو معتقا لأجل ، أو أم ولد ، أو مكاتبا ، لأنه عبد ما بقى عليه درهم .

قوله : (كالربع الخ) أى : أن يقول ربعك حر .

قوله : (كيد) أى : من كل أمر متصل بالعبد ، واختلف : إذا أعتق نحو الشعر ، والكلام ، والريق ، على أحد قولين مبنيين على طلاق الزوجة بذلك وعدمه .

قوله : (استتم) سواء كان موسرا أو معسرا .

عتق (عَلَيْه) جميعه بالحكم ، لا بعتق البعض ، إذا كان المعتق مسلما ، بالغا ، عاقلا ، رشيدا ، حرا ، لا دين عليه ؛ هذا كله إذا كان العبد لمالك واحد لقوله : (وَإِنْ كَانَ لِغَيْرِهِ مَعَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ قُوِّمَ عَلَيْهِ) أي : على من أعتق البعض (نَصِيبُ شَرِيكِهِ بِقِيمَتِهِ يَوْمَ يُقَامُ عَلَيْهِ وَعَتَقَ) عليه بالحكم على المشهور ، واختلف : هل

قوله : (إذا كان المعتق مسلما) وأما إذا كان كافرا وأعتق بعض عبده الكافر ، فإنه لا يكمل عليه ، وأما لو أعتق بعض عبده المسلم ، أو أسلم العبد ، أو أسلم هو ، فهل كذلك ، أو يعتق عليه الباقى بالحكم ؟ وهو الظاهر ، وحرر .

وقوله : (بالغا) أى : وأما الصبى فعتقه من أصله باطل ، وكذا يقال فيما بعده تأمل .

قوله : (قوم عليه الخ) اعلم : أن تقويم حصة الشريك بشروط ستة :

أن يدفع القيمة بالفعل لشريكه يوم الحكم بالعتق .

وأن يكون المعتق مسلما ، أو العبد ، فلو كان العبد والشريكان كفرة ، أو العتيق ذميا ، والعبد كذلك ، فلا تقويم .

وأن يكون العتق باختياره ، لا إن ورث جزءا من أبيه – مثلا – فإنه لا يقوم عليه جزء الشريك ولو مليا ، فلا تقوم عليه حصة شريكه .

وأن يكون المعتق هو الذى ابتدأ العتق ، لأنه أفسد الرقبة ، وأما لو كان العبد حرا لبعض قبل العتق ، فلا تقوم عليه حصة شريكه ، كما لو كان العبد مشتركا بين ثلاثة أملياء ، وأعتق أحدهم نصيبه ابتداء ، وتبعه الثانى بإعتاق حصته ، وأبى الثالث من العتق ، فإن حصته تقوم على الأول إلا أن يرضى الثانى بتقويمها عليه ، فلو كان المبتدىء للعتق معسرا لم تقوم حصة الثالث على الثانى إلا برضاه ، وأما لو أعتقا معا ، أو مرتبا ، وجهل الأول ، قومت حصة الثالث عليهما إن أيسرا وإلا فعلى الموسر منهما .

الشرط الخامس : أن يكون المعتق موسرا بقيمة الشريك ، وإليه أشار الشارح بقوله : وما ذكره محله ، الخ .

السادس : أن تكون تلك القيمة التى اشترط يسره بها أو ببعضها ، زائدة على ما يترك للمفلس .

قوله : (بقيمته يوم يقام عليه) اعلم : أن القيمة معتبرة يوم الحكم ، فقول المصنف : يوم يقام عليه ، أى : إن وقع الحكم فيه .

قوله : (وعتق عليه بالحكم) أى : لا بالسراية .

يقوِّم عليه نصيب الشريك فقط أو جميع العبد ؟ قولان مشهوران . وما ذكره محله إذا كان موسرا بما يحمل نصيب شريكه يوم الحكم (فَإِنْ) كان غير موسر يوم الحكم بأن (لَمْ يُوجَدْ لَهُ مالٌ) ألبتة (بَقِيَ سَهْمُ الشَّرِيكِ رَقِيقاً) إلا أن يعتقه ربه ، وإن وجد له من المال ما يفي ببعض حصة شريكه ، قوِّم عليه بقدر ما يوجد معه (وَ) من الخواص أن (مَنْ) كان مسلما ، بالغا ، عاقلا ، رشيدا ، غير مديان و (مَثَّلَ) - بالتشديد - عمدا (بِعَبْدِهِ) القن ، أو بعبد عبده ، أو من به شائبة حرية ، أو بعبد ولده الصغير (مُثْلَةً) - بضم الميم ، وسكون المثلثة - أى : عقوبة (بَيِّنَةً) أى : تشينه (مِنْ قَطْعِ جَارِحَةٍ) كاليد والرجل (وَنَحْوِهِ) أى : نحو قطع الجارحة ،

قوله : (قولان مشهوران) الراجح منهما : أنه يقوم جميعه بماله على أنه رقيق لا عتق فيه ، لأن فى تقويم البعض ضررا على الشريك ، ويعتبر ماله يوم يقام عليه فى المحل الذى وقع فيه العتق ، وهذا إذا عتق بغير إذن شريكه ، ولم يلتزم له النقص الحاصل بالتقويم لحصته مفردة ، وإلا قومت حصة الشريك فقط ، على أن البعض حر وكذلك يقوم بولده الذى حدث له بعد العتق .

قوله : (بأن لم يوجد معه مال) أى : زيادة على ما يترك للمفلس .

قوله : (قوم عليه بقدر ما يوجد معه) والمعسر لا يقوم عليه ولو رضى شريكه باتباع ذمته .

قوله : (ومثل عمدا) ويدل على قصده التمثيل القرائن .

قوله : (بعبده القن أو بعبد عبده) فالمراد رقيقه ، أو رقيق رقيقه الذى ينتزع ماله ، فإن مثل برقيق من لم ينتزع ماله كعبد مكاتبه لم يعتق عليه ، ولزمه أرش جنايته إلا أن يكون مثلة مفسدة ، فيضمن قيمته ويعتق عليه .

قوله : (أو بعد ولده الصغير) أى : أو السفيه المحجور عليه ، ويغرم قيمته لمحجوره ، وأما إذا مثل برقيق ولده الكبير الرشيد ، فإنه لا يعتق عليه ، ويغرم له أرش الجناية إلا أن تبطل منافعه ، فإنه يعتق على الأب ويغرم قيمته .

قوله : (مثلة) بضم الميم ، ويقال بفتح الميم ، وضم المثلثة ، وبالضم فيهما .

قوله : (كاليد) أى : أو أنملة ، وكخصاء عبد أو جبه ولو قصد استزادة الثمن ، لتعذيبه

كفقء العين (عَتَقَ عَلَيْهِ) من رأس ماله ، وهل عليه مع ذلك عقوبة أم لا ؟ فقيل يعاقب بالضرب والسجن ، وقيل لا يعاقب إلا بالعتق ؛ وظاهر كلامه : أن العتق يحصل بنفس المثلة ، وهو قول أشهب ، وقال ابن القاسم : لا يعتق إلا بالحكم .

وقيدنا كلامه بالعاقل ، والبالغ ، احترازا من المجنون والصبى ، فإن مثلتهما لغو ، وبالمسلم احترازا من الذمي ، فإنه إذا مثل بعبده لا يعتق عليه عند ابن القاسم ؛ وبالرشيد احترازا من السفيه إذا مثل بعبده ، فإنه لا يعتق عليه على ما رجع

بذلك . وسيأتى أن الراجح القول بأنه لابد من الحكم ، فإذا لم يحكم بعتقه كما بمصر ، فلا يعتق كما ويصح بيعه .

قوله : (كفقء العين) أى : أو وسم وجهه ، أو غيره بالنار ، أو قلع ظفره ، أو قطع أذن .

قوله : (عتق عليه) وهل يتبعه ماله ؟ اقتصر الأقفهسى على أنه يتبعه ، لما تقرر أن مال العبد يتبعه فى العتق .

قوله : (وقيل لا يعاقبُ الخ) كلام **تت** يفيد أن هذا هو الراجح ، والمذهب أن من مثل بزوجته لا تطلق عليه ، بخلاف بيعها وتزويجها قاله **عج** .

قوله : (وقال ابن القاسم الخ) هذا هو المعتمد .

قوله : (احترازا من الذمى) أى : إذا مثل بعبده الذمى .

وقوله : (عند ابن القاسم) أى : خلافا لأشهب ، فمحل الخلاف بينهما كما فى **تت** فيما إذا مثل الذمى بعبده الذمى .

والحاصل : أنه يعتبر فى الممثل كونه : مكلفا ، رشيدا ، حرا ، ويعتبر إسلامه ، أو إسلام العبد ، فلا عتق على ذمى مثل بعبده الذمى ، وقولنا : الذمى ، احترازا عن المعاهد ، فإن مثلته بعبده المسلم لا توجب عتقه .

قوله : (فإنه لا يعتق عليه) على ما رجع إليه ابن القاسم ، وهو المعتمد ، وكذا زوجة ، ومريض بزائد على الثلث ، أى : فإذا مثلت زوجة ، أو مريض بزائد على الثلث عتق على المريض محمل الثلث ، لا أزيد إلا إن أجازه الورثة ، وكذا عتق على الزوجة محمل الثلث فقط ، لا أزيد إلا برضا الزوج ، فإن لم يرض فله رد الجميع ، وقيل ليس له تسلط إلا على رد مازاد على الثلث ، لتشوف الشارع للحرية وليس كابتداء عتقها له رد الجميع ، والراجح الأول .

إليه ابن القاسم ، وعنه : يعتق ، وصححه ابن عبد السلام ، وبغير مديان احترازا من المديان إذا مثل بعبده ، فإنه لا يعتق عليه ؛ وبعمدا احترازا مما إذا وقع ذلك منه خطأ ؛ فإنه لا يعتق عليه ، ومثل الخطأ : ما إذا ضربه تأديبا ، أو كواه تداويا ، فأدى ذلك إلى التمثيل به لم يعتق عليه ، لعدم القصد إلى ذلك ؛ فلو اختلف قول السيد والعبد ، فقال السيد خطأ ، وقال العبد : عمدا . فالقول قول السيد بيمينه . وأفادت الإضافة فى قوله : عبده ، أن من مثل بعبد غيره لا يعتق عليه ، وإنما يلزمه أرش الجناية وتأكيده المثلة بقوله : بينة ، يقتضى أن حلق اللحية لا يكون مثلة مطلقا ، وقال عبد الملك : إلا أن يكون العبد تاجرا وجيها فيكون مثلة .

(وَ) منها أحد (مَنْ مَلَكَ أَبَوَيْهِ) معا ، أو هما (أَوْ) ملك (أَحَدًا مِنْ

قوله : (وبعمد الخ) اعلم : أن السيد حيث تعمد قطع شىء منه ، فإنه يعتق عليه - كما ذكره المصنف - وإن لم يقصد المثلة - كما هو ظاهر المدونة - قاله تت ، فقول خليل : وبالحكم جميعه إن عمد لشين ، اللام للصيرورة أى : عمد لما فيه شين ، أو لما أوجب الشين ، سواء قصد الشين أم لا ، أفاده بعض الشيوخ رحمه الله .

قوله : (ما إذا ضربه تأديبا أو كواه تداويا) وكذا لو ضرب رأسه فنزل الماء فى عينيه ، فلا يعتق ، لاحتمال أن يقصد ضرب رأسه لا ما حدث .

قوله : (فالقول قول السيد بيمينه) وكذلك الزوج إذا مثل بزوجته واختلفا ، فإن القول قول الزوج بجامع الإذن فى العبد ، إلا أن يكون الزوج أو السيد معروفا بالجراءة والأذى ، فلا يقبل قولهما ، ويؤدب الزوج ، ويعتق العبد ، ولو اتفقا على العمل واختلفا فى قصد الشين ، فالقول للسيد أيضا .

قوله : (لا يكون مثلة مطلقا) وهو المعتمد .

قوله : (ومن ملك) أى : بالبيع الصحيح أو الفاسد حيث فات ، لا إن لم يفت ، أو كان على خيار ولم ينقص أيام الخيار ، فلا عتق . ومثل الملك بالبيع : الملك بالهبة ، أو الصدقة ، إن علم المعطى - بالكسر - بأنه يعتق على المعطى - بالفتح ، أو قبل المعطى - بالفتح - والولاء للمعطى بالفتح .

والحاصل : أنه إن عتق لعلم المعطى - بالكسر - فلا يباع فى دين ولا غيره ، وإن عتق لقبول الموهوب له ، فإن كان عليه دين فإنه يباع فيه ، وحيث لا قبول فلا يباع ، ولو كان عليه

وَلَدِه) لصلبه ، الذكرِ والأنثى (أَوْ) ملك أحدا من (وَلَد وَلَده) ذكرا كان أو أنثى وإن سفل (أَوْ مَلَكَ) أحدا (مِنْ وَلَد بَنَاتِهِ) ذكرا كان أو أنثى وإن سفل (أَوْ) ملك (جَدَّهُ أَوْ جَدَّتَهُ) من أي جهة كان (أَوْ) ملك (أَخاً لِأُمٍّ أَوْ لِأَبٍ أَوْ لَهُمَا جَمِيعاً عَتَقَ عَلَيْه) كل من ذكر ، بنفس الملك ، ولا يحتاج إلى حكم على المشهور ، بشرط أن لا يكون عليه دين يستغرق قيمته ، احترازاً مما إذا اشتراه أو ورثه وعليه دين يستغرق قيمته فإنه لا يعتق عليه بذلك ، ولا يرد البيع ، ولا يستقر ملكه عليه ، بل يباع عليه الدين .

(وَمَن أَعْتَقَ) أمة (حَامِلًا) من تزويج أو زنا (كانَ جَنِينُهَا حُرًّا مَعَهَا) لأن كل ولد حدث من غير ملك يمين من تزويج أو زنا ، فإنه تابع لأمه فى الحرية والعبودية ، وهذه المسألة مكررة مع قوله : وكل ذات رحم فولدها بمنزلتها .

دين . وأما ما ملكه بالإرث أو الشراء فمحل عتقه حيث لا دين وإلا بيع فيه .

تنبيه : محل العتق حيث كان المالك والمملوك مسلمين ، وكذا لو كان أحدهما مسلما ، وأما لو كانا كافرين فلا نتعرض لهما ، قال بعض الشراح : وينبغي ألا يترافعا إلينا ، ويشترط أيضا أن يكون المالك رشيدا .

قوله : (أبويه) أى : نسبا ، احترازا عن ملك أبوى الرضاع ، أو أولاد الرضاع ، فلا عتق .

قوله : (ذكرا كان أو أنثى) تعميم فى ولد ولده .

وقوله قبله : (الذكر) تخصيص وتقييد لقوله : ولده وخصه بالذكر ، لئلا يتكرر مع قوله : أو ولد بناته .

قوله : (كل من ذكر) أى : فالأفراد باعتبار أن الفاعل كل فرد ممن ذكر ، والظاهر أنه لا حاجة لملاحظة الكلية ، لأن العطف بأو ، فتدبر .

قوله : (ولا يحتاج إلى حكم على المشهور) ومقابله : أن ذلك يتوقف على حكم ، كذا نقل بهرام .

قوله : (كان جنينها حرا معها) ولا يصح استثناؤه ، لأنه لا يستثنى فى بيع ، ولا عتق ، ولا رهن ، كما هو ظاهر إطلاقهم فى الرهن ، وأما فى الهبة ، والصدقة ، والوصية ، فيصح الاستثناء فى ذلك .

(وَلَا يُعْتَقُ فِي الرِّقابِ الْوَاجِبَةِ) ككفارة القتل (مَنْ فِيهِ مَعنًى مِنْ عِتْقٍ بِتَدْبِيرٍ أَوْ كِتَابَةٍ أو غَيرِهِمَا) لنقصان الرقبة بما تشبثت به من عقد الحرية .

(وَ) كذلك (لَا) يعتق فى الرقاب الواجبة (أَعْمَى وَلا أَقْطَعُ الْيَدِ وَشِبْهُهُ)

عج : وهذا ظاهر عند اتحاد المالك ، وأما لو اختلف بأن وُهبت الأم لشخص ، واستثنى الواهب ولدها الذى فى بطنها ، وأعتقها الموهوب له ، فقيل : يدخل جنينها فى العتق ، ويصير حرا بمجرد عتقها .

وقيل : إنما يخرج حرا بعد الوضع ، وعلى معتق الأم قيمته فى الصورتين ؛ والقيمة يوم العتق ، وهو إما بعد الوضع ، وإما يوم حصل العتق .

وقيل : لا يعتق بعتقها ، وبعد انفصاله يأخذه مالكه ، وعلى عدم عتقه أصلا أو بعد وضعه تصير حرة حاملة بعبد .

وأما عكس المصنف ، وهو : عتق الجنين فقط ، فإن أمه لا تتبعه ، والفرق كون الولد كجزء من أمه ، فإن عتق الكل تبعه جزؤه .

وإنما يصح عتق الولد فى بطن أمه دونها حيث لا دين على سيد أمه يستغرق قيمتها ، وإلا رق حيث قامت الغرماء قبل وضعه مطلقا ، أى : ولو بعد وضعه حيث كان الدين سابقا على عتقه ، وإلا مضى عتقه وتباع أمه دونه بعد وضعها .

قوله : (ولا يعتق فى الرقاب الواجبة) أى : وأما غير الواجبة فيجزئ ذلك .

قوله : (ككفارة القتل) دخل تحت الكاف كفارة الظهار ، وكفارة فطر رمضان .

قوله : (من فيه الخ) من نائب فاعل يعتق ، ومن عتق بيان لمعنى .

وقوله : (بتدبير) الباء سببية ، أى : عتق حاصل بسبب تدبير أو كتابة ، فإن قلت : إن العتق لم يكن حاصلا بالفعل ؟ **قلت** : وإن لم يكن حاصلا بالفعل فهو فى حكم الحاصل بالفعل ، فتدبر ذلك .

قوله : (أو غيرهما) كأم ولد ، أو معتق لأجل ، أو مبعض ، كان عند المُكفِّر أو اشتراه كذلك .

قوله : (وشبهه) أى : كالأشل وكل عيب غير خفيف ، وأما ذات العيب الخفيف فيجزئ عتقها ، كالأعور ، وذوى مرض خفيف ، أو عرج خفيف ، أو ذاهب بعض أذن أو أنف لا جميع كل ، وإذا أعتق غير المجزئ فعتقه لازم ولا يرجع رقيقا .

أى : شبه الأقطع ، لنقصان الرقبة بالعيب (وَ) كذلك (لَا) يعتق فى الرقاب الواجبة (مَنْ هُوَ عَلَى غَيْرِ) دين (ٱلْإِسْلَامِ) لقوله تعالى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ [النساء : ٩٢] ففيدها بالإيمان ، وهذه الآية مقيدة للآية الأخرى المطلقة .

(وَلَا يَجُوزُ عِتْقُ الصَّبِيِّ) لأنه ليس من أهل التكليف (وَلَا) عتق (الْمُوَلَّى عَلَيْهِ) وهو السفيه الذي يضع المال فى غير موضعه ، ج : اختلف : إذا أعتق أم ولده ، والمشهور أنه يمضى .

(وَ) من خواص العتق (الْوَلَاءُ) بفتح الواو ممدودا (لِمَنْ أَعْتَقَ) فسببه : زوال الملك بالحرية ، ابن شاس : فمن زال ملكه بالحرية عن رقيق فهو مولاه . سواء

قوله : (ولا يجوز عتق الصبى) أى : ولا يصح بعد الوقوع كالمجنون .

قوله : (ولا عتق المولى عليه) أى : لفقد الرشد ، وأما إذا لم يكن مولى عليه فيصح عتقه لأن تصرفه محمول على الإجازة عند مالك ، لا ابن القاسم ، وعليهما العكس فى تصرفه إذا رشد بعده .

قوله : (وهو السفيه الذى يضع المال الخ) ولو فى شهوات ولذات مباحة .

قوله : (والمشهور أنه يمضى) لأنه لم يبق له فيها إلا الاستمتاع وقليل الخدمة ، كما يجور وصيته ويلزمه طلاقه .

قوله : (بفتح الواو ممدودا) من الولاية – بفتح الواو – وعرفه بعضهم بقوله : صفة حكمية توجب لموصوفها حكم العصوبة عند عدمها .

قوله : (لمن أعتق) ذكرا أو أنثى ، حقيقة أو حكما ، فيشمل من أعتق عنه غيره بغير إذنه ، والولاء بالمباشرة ، والولاء بالجر ، وعتق الغير يشمل الناجز ، ولأجل ، والتدبير ، والكتابة ، كأن يقول أنت حر ، أو معتق لأجل ، أو مدبر ، أو مكاتب عن فلان إلا أن يكون المعتق عنه ميتا فالولاء لورثته ، كان العتق تطوعا ، أو واجبا كعتقه فى كفارة وجبت عليه ، أو منذورا أو بسبب حلف ، أو كاتبه ، أو قاطعه فأدى وخرج حرا ، أو أعتق عليه لقرابة أو مثلة – مثلا – ويستثنى من قولهم : الولاء لمن أعتق ، مستغرق الذمة بالتبعات ، فإن ولاء من أعتقه لجماعة المسلمين حيث مات ، وجهلت أرباب التبعات ، فإن كان حيا وكان غرماؤه معينين حجر عليه فإنْ أجاز غرماؤه عتقه جاز ، وكان الولاء لهم وإلا رد وقسم ماله بينهم .

نجز ، أو علق ، أو دبر ، أو استولد ، أو كاتب ، أو أعتق العبد بعوض ، أو باعه من نفسه ، أو أعتق عليه ، إلا أن يكون السيد كافرا والعبد مسلما ، أو يكون السيد عبدا أعتق بإذن سيده ، فالسيد الكافر لا ولاء له على عتيقه المسلم بل لجماعة المسلمين ثم لا يعود إليه بإسلامه . والعبد إذا أعتق لايرجع إليه الولاء أبداً وإن عتق ، وإذا أعتق بغير إذن سيده ، ثم لم يعلم به السيد حتى عتق العبد المعتق ، فالولاء له دون السيد انتهى . والأصل - فيما ذكر الشيخ - مافى الصحيحين من قوله ﷺ : « إِنَّمَا الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » (١) .

قوله : (فالسيد الكافر لا ولاء له) **حاصل الفقه** فى هذه المسألة : أن الكافر إذا أعتق عبده المسلم ، سواء اشتراه مسلما فأعتقه أو أسلم عنده ثم أعتقه ، فإن الولاء فيه للمسلمين ، لا للمعتق الكافر ، ولو أسلم بعد ذلك ، كان العتق ناجزا أو غيره ، أو أعتق عنه ، وأما لو أعتق الكافر عبده الكافر ، ثم أسلم العبد ، فإن ولاءه ينتقل للمسلمين من عصبته لسيده النصرانى ، فإن أسلم سيده الذى أعتقه بعد ذلك ، فإن الولاء يعود إليه .

والمراد بعود الولاء هنا إنما هو الميراث فقط ، وإلا فالولاء ثابت لا ينتقل لأن الولاء كالنسب ، فكما لا تزول عنه الأبوة إن أسلم ولده فكذلك الولاء ، وكذا إن أسلما معا ، أو أسلم السيد قبل إسلام العبد ، فيرثه أيضا بالأولى ، وأما إذا أعتق مسلم كافرا فيكون الميراث لبيت المال إلا أن يكون للمسلم أقارب كفار فيكون الولاء لهم ، وينبغى مالم يسلم العبد فيعود الولاء للسيد .

قوله : (والعبد إذا أعتق الخ) **حاصل فقه المسألة** : أن الرقيق القن ، أو من فيه شائبة حرية ، إذا أعتق عبده فإنه لا ولاء له عليه ، وإنما الولاء لسيده إن كان المعتق - بالكسر - يجوز للسيد انتزاع ماله ، وهو الذى يحمل كلام الشارح عليه ، كالمدبر ، والمعتق لأجل ، إذا لم يقرب الأجل ولم يمرض السيد ، وهذا إذا أعتق بإذن سيده ، أو بغير إذنه وأجاز .

وأما إذا أعتق بغير إذنه ، ولم يعلم سيده بعتقه حتى أعتقه ، أو علم وسكت ، فإن الولاء فى العبد الأسفل يكون للعبد الذى أعتقه لا للسيد الأعلى .

---

(١) الموطأ : ٧٨٠/٢ البخارى : صلاة ٣٧/١ ، مسلم : ١١٤١/٢ وما بعدها طبع بيروت باعتناء محمد فؤاد عبد الباق . أبو داود : ١٧٥/٣ و ٢٩/٤ ، ابن ماجه : ٦٧١/١ و ٨٤٣/٢ .

ع : وإنما يكون له الولاء بأربعة شروط : أن يكون المعتق ملكا للمعتق ، وأن يعتقه عن نفسه ، وأن يكون المعتق حرا ، وأن يكونا مستويين في الدِّين (وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهُ) أى : الولاء (وَلَا هِبَتُهُ) لما رواه ابن حبان فى صحيحه وغيره من قوله عليه الصلاة والسلام : « الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ لَايُبَاعُ وَلَا يُوهَبُ » (١) (وَمَنْ

هذا إذا لم يستثن ماله ، أما لو استثنى السيد ماله لكان الولاء للسيد إن رضى بعتق عبده ، فإن رده بطل العتق ، ويكون العبد الأسفل رقا له لأنه من جملة مال السيد الأعلى .

وقولنا : إن كان المعتق – بالكسر – يجوز للسيد الذى حملنا عليه كلام الشارح الخ ، احتراز مما إذا كان لا ينتزع ماله كمدبر ، وأم ولد إذا مرض السيد مرضا مخوفا ، وكمعتق لأجل قرب ، وكمكاتب لم يرده السيد ، ومعتق بعضه ، فالولاء للعبد مطلقا علم السيد الأعلى بعتقه أم لا ، أجازه أم لا ، إذ لا يتوقف على إجازته ، وإن صح السيد من مرضه فى المدبر ، وأم الولد ، لأنه يوم أعتق لم يكن للسيد نزع ماله ، وإنما ينظر إلى ساعة وقوع العتق بخلاف المكاتب إذا عجز بعد عتقه فالولاء للسيد .

قوله : (أن يكون المعتق ملكا للمعتق) وإما إذا لم يكن ملكا له بل كان ملكا لغيره ، فلا يكون الولاء له ، وتأمله ، فإنه لا يجوز عتقه حتى يترتب عليه كون الولاء له أو لا إلا أن يفرض فيما إذا وكله بأن يعتق فالوكيل معتق ظاهرا .

قوله : (وأن يعتقه عن نفسه) وأما إن أعتقه عن غيره ، فالولاء لذلك الغير .

وقوله : (وأن يكون المعتق حرا الخ) تقدم تفصيله .

قوله : (الولاء لحمة الخ) قال الأبى : هذا منه عليه الصلاة والسلام تعريف لحقيقة الولاء فى الشرع ؛ ولا يحد بتعريف أتم منه ، واللحمة ، قال ابن الأثير : بالضم ، وقيل بالفتح ، وقال فى الصحاح : لحمه الثوب تضم وتفتح ، ولحمة البازى وهو : ما يطعم مما يصيده تضم وتفتح ، واللحمة بمعنى القرابة تضم ، قاله بعض الشيوخ . ومعنى الحديث : إن بين المعتق والمعتق نسبة تشبه النسب ، ووجه الشبه : أن العبد لما كان عليه رق فهو كالمعدوم فى نفسه والمعتق صيره موجودا ، كما أن الولد كان معدوما والأب تسبب فى وجوده .

قوله : (لا يباع ولا يوهب) أى : لا يجوز بيعه ولا هبته .

---

(١) الموطأ : ٧٨٢/٢ – الدارمى : ٣٩٨ طبع بكانفور عام ١٣٩٣ ، المستدرك : ٣٤١/٤ .

أَعْتَقَ عَبْداً عَنْ رَجُلٍ) مثلا (فَالْوَلَاءُ لِلرَّجُلِ) المعتق عنه إذا كان حرا ، أما إذا كان رقيقا فالولاء لسيده ، وظاهر كلامه : سواء كان المعتق عنه حاضرا أو غائبا ، عتق عنه بإذنه أو بغير إذنه ، وهو كذلك على المشهور .

(وَ) إذا أسلم كافر على يد مسلم فإنه (لَا يَكُونُ الْوَلَاءُ) عليه (لِمَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِهِ وَ) إنما (هُوَ لَجَمَاعَةِ الْمُسْلِمِينَ) لما فى الصحيحين من حديث بريرة : « إِنَّما ٱلْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » [1] وقيل : ولاؤه له ، لما روي أنه ﷺ قال : « مَنْ أَسْلَمَ عَلَى يَدِ رَجُلٍ فَلَهُ وَلَاؤُه » [2] ابن عبد السلام : فإن صح هذا الحديث وجب العمل عليه ، لأنه خاص وحديث بريرة عام . وقال ابن رشد : هذا الحديث عندنا محمول على أنه أحق به فى نصرته ، والقيام بأمره ، وتولى دفنه إذا مات .

قوله : (إذا كان حرا) أى : مسلما ، فإن كان كافرا يكون ولاء الذى أعتق مسلما عنه للمسلمين ، لأن الكافر لا ولاء له على المسلم .

قوله : (وهو كذلك على المشهور) ومقابله ما لأشهب : من أن الولاء للمعتق ، وقاله الليث ، والأوزاعى ، وسواء فى قولهم أمره بذلك أو لم يأمره ، نقله ابن عبد البر .

قوله : (إنما الولاء لمن أعتق) أى : وهذا لم يعتقه ، إنما أسلم على يديه فقط ، وأتى فى الحديث بإنما ومن لرد قول الذين باعوا بريرة لعائشة اجعلى لنا الولاء .

قوله : (وقيل ولاؤه له) أى : أن الولاء لمن أسلم على يديه حيث لم يكن له وارث خاص .

قوله : (وحديث بريرة عام) أى : من حيث المفهوم ، فيخصص بمنطوق ذلك الحديث ، وذلك : أن قوله : إنما الولاء لمن أعتق ، مفهومه : أنه إذا لم يعتق لا ولاء له مطلقا أسلم على يديه أو لا فيخصص بذلك الحديث .

---

(١) انظر ص : ٤٩٧ .

(٢) البخارى : باب إذا أسلم على يديه : ١٠٠/٢ ، أبو داود : ١٧٥/٣ ، ابن ماجه : ٩١٩/٢ ، الدارمى : ٤٠٠ ، الدارقطنى ٥٠٢ طبع الهند بدون تاريخ .

(وَوَلَاءُ مَا أَعْتَقَتِ الْمَرْأَةُ لَهَا وَ) كذلك لها (وَلَاءُ مَنْ يُجَرُّ) ولاؤه لها (مِنْ وَلَدٍ أَوْ عَبْدٍ أَعْتَقَتْهُ) ع : هذه المسألة من مشكلات الرسالة لفظا ومعنى ، فأما لفظا ، فإنه أوقع ما على من يعقل ، وأدخل تاء التأنيث على أعتقت الثانى . فالجواب عن الأول : أن ما تقع على من يعقل بقلة ، وعن الثانى : أن المرأة لما كانت هى المعتقة أوّلا ، أضاف لها ذلك إقامة للمتسبب مقام المباشر . وأما المعنى ، فظاهره : أن كل ما يلد ما أعتقته فولاؤه لها ، وفيه تفصيل ذكرناه فى الأصل

قوله : (ولاء من يجر ولاؤه لها) بالبناء للمفعول .

وقوله : (ولاؤه) نائب فاعل يجر .

وقوله : (من ولد أو عبد) بيان لمن ، فإذا أعتقت ذكرا ، كان لها الولاء على أولاده ذكورا أو إناثا وسيأتى تتميمه .

قوله : (وأدخل تاء التأنيث على أعتقت الثانى) أى : فإدخال التاء على أعتقت الثانى ، يقتضى أنها باشرت عتق ذلك الولد أو العبد مع أنها ما باشرت إلا عتق والده أو معتقه .

قوله : (إقامة للمتسبب) – بكسر الباء – مقام المباشر .

قوله : (وفيه تفصيل ذكرناه فى الأصل) أراد بالأصل شرحه الكبير ، ولا نعرف وجوده فى بلدنا حتى نذكر التفصيل الذى ذكره بعينه ، إلا أن تت ذكره فقال ما نصه – وفيه تفصيل – : إن أعتقتْ أمة وكانت حاملا ظاهرة الحمل ، فولاء الأمة وولاء الجنين لها ، وما حملت به بعد العتق لا يخلو : إما أن يكون من حر ، أو عبد ، أو من زنا ، أو من كافر ، أو منفيا لا عن فيه أبوه ، فإن كان من عبد ، أو كافر ، أو من زنا ، أو من لعان ، فولاؤه لها ، ما لم يسلم الكافر ، أو يعتق العبد ، أو يستلحق الملاعن ولده ، فإن ولاءه يرجع لأبيه إن كان حيا ، أو لمواليه بعده ، فإن انقرض مواليه ، فقيل يرجع الولاء إلى الأم ، وقيل لبيت المال .

وأما إن كان الأب حرا ، فولاء الولد للأب ، أو لموالى الأب ، فإن تنازع موالى الأب مع موالى الأم ، فقالوا : حملت به بعد العتق ، وقالت المعتقة : حملت به قبل العتق ، نظر فإن أتت به لستة أشهر فأكثر فهو لموالى الأب ، وإن كان لأقل من ذلك فهو لمولاة الأمة ، وإن أشكل الأمر فهو لمولى الأب هذا فيما باشرت الولادة من ذكر أو أنثى ، وأما ولد ولدها فولاء ولد الذكور للمعتقة ، سواء كانوا ذكورا أو إناثا ، وولد الإناث على التفصيل الأول ، إن كانوا من حر

(وَلَا تَرِثُ) المرأة من الولاء (مَا أَعْتَقَ غَيْرُها مِنْ أَبٍ ، أَوِ ٱبْنٍ أَوْ زَوجٍ أو غَيْرِهِ) نحوه قوله فى الفرائض : لا ترث النساء من الولاء إلا من أعتقن ، أو جره من أعتقن ، لأن الولاء إنما يورث بالتعصيب ، والنساء لاحظ لهن فيه .

(وَمِيرَاثُ السَّائِبَةِ لَجَمَاعَةِ المُسْلمينَ) على المشهور ، المراد بها هنا أن يقول لعبده : أنت حر مسيّب ، أو أنت سائبة ، ويريد بذلك العتق ، ولم يتعرض لحكمه ابتداء ، وفيه خلاف ، مشهوره الكراهة ، لاستعمال الجاهلية هذا اللفظ فى الأنعام .

(والْوَلَاءُ لِلْأَقْعَدِ) أى : الأقرب (مِنْ عَصَبَةِ ٱلمَيِّتِ الأَوَّلِ) ع : كان حقه أن يقول من عصبة المعتق ، وتفسير هذه المسألة قوله : (فَإِنْ مَاتَ المُعْتَقُ وَتَرَكَ

فلموالى الأب ، وإن كانوا من كافر ، أو عبد ، أو زنا ، أو لعان ، فولاؤه لها ما لم يسلم الكافر ، أو يعتق العبد ، أو يستلحق الملاعن ولده ، فيرجع ولاؤه له أو لموالى الأب اهـ كلام تت ، فتأمله تأملا جيدا .

قوله : (ما أعتق غيرها) أى : فإذا أعتق الأب رقبة ، وخلف ابنا وبنتا فولاء تلك الرقبة للابن دون البنت ، لأنها لم تباشر عتقها لا حقيقة ولا حكما .

قوله : (نحوه قوله فى الفرائض : لا ترث النساء من الولاء إلا من أعتقن أو جره من أعتقن) أى : بولادة أو عتق – كما سنذكره .

وقوله : (بالتعصيب) أى : بسببه ، أى : بسبب كون الوارث من عصبة المورث .

قوله : (على المشهور) ومقابله ما رواه ابن نافع عن مالك : أنه لمعتقه .

وقوله : (المراد بها هنا) احترز به عما كان يفعله أهل الجاهلية من تسبيب بهيمة الأنعام .

قوله : (ويريد بذلك العتق) راجع للأخير ، وأما أنت حر مسيب وإن لم ينو العتق [1] .

قوله : (وفيه خلاف مشهوره الكراهة) وقيل بالمنع ، وقيل بالجواز ، فهى ثلاثة . وكذلك يكون الميراث للمسلمين إذا قال له : أنت حر عن المسلمين . وظاهر المصنف أن الولاء للمسلمين ولو كان المسيب مسلما وسيده كافرا ، وهو كذلك ، ولا يرجع ولاؤه لمن سيبه إن أسلم . والظاهر – كما قال الشيخ – أن المعتق لا يدخل فى الصور التى يكون الولاء فيها للمسلمين ، كما قالوا فيمن وقف على بنى أبيه .

قوله : (لاستعمال الجاهلية الخ) لا يخفى أن هذا التعليل ينتج الحرمة لا الكراهة ، لأن هذا الاستعمال حرام قطعا .

---

(١) قول المحشى وأما أنت حر طوى منه جواب أما وتقديره فيثبت الولاء للمسلمين مثلا .

ابْنَيْنِ فَوَرِثَا وَلَاءَ مَوْلًى لِأَبِيهِمَا ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَتَرَكَ ابْنَيْنِ رَجَعَ الْوَلَاءُ إِلَى أَخِيهِ دُونَ بَنِيهِ) ك : هذا مالم يكن للعتيق عصبة ، فإنهم أحق من الموالي بلا خلاف أعلمه (وَإِنْ مَاتَ وَاحِدٌ) من الابنين المذكورين (وَتَرَكَ وَلَدًا وَ) بعد ذلك (مَاتَ أُخُوهُ وَ) الحال أنه (تَرَكَ وَلَدَيْنِ فَالْوَلَاءُ بَيْنَ الثَّلَاثَةِ أَثْلَاثاً) لتساويهم فى القرب من الميت المعتق . والله أعلم .

قوله : (من عصبة الميت) الأولى المباشر للعتق .

وقوله : (كان حقه الخ) قال بعضهم : يرده أن هذه المسألة يفسرها قوله : فإن ترك ، أى : فإنه يفيد أن المراد بالميت الأول المعتق ، أى : والميت الثانى ابنه ، ويجاب بأن مراده بقوله : كان حقه ، أى : أن الأوضح ذلك وإن كان بعيدا ، وعبارة التحقيق الأحسن لو قال من عصبة المعتق .

قوله : (فورثا ولاء الخ) أطلق الإرث هنا على الولاء ، وهو لا يورث لأنه سببه وإلا فالولاء لا يورث وإنما يورث به قاله عبد الوهاب .

قوله : (ك هذا ما لم يكن الخ) لا حاجة لذلك لأنه أحاله على العلم به .

قوله : (فإن مات الخ) **الحاصل** : أن أولى الناس بميراث الولاء عند عدم القرابة المعتق ، ثم أولاده الذكور ، ثم بنوهم – وإن نزلوا – والأعلى يحجب الأسفل ، فإن عدم بنو المعتق فأبوه ، فإن عدم أبوه فإخوته الأشقاء ، ثم الذين للأب ، ثم بنو الأشقاء ، ثم بنو الإخوة للأب ، ثم بنوهم ، وإن نزلوا . فإن عدمت الإخوة وبنوهم ، فجد المعتق ، فإن لم يكن جد فالأعمام ، وهم الإخوة ، أى : أن بعد الجد العم وابنه ، ثم بعدهما أبو الجد وهكذا .

ثم بعد انقراض أقارب المعتق معتق المعتق ، فإن لم يوجد معتقه انتقل الحكم لعصبته ، وهكذا .

وأما عصبة عصبة المعتق – بكسر التاء – فإنه لا حق لهم فى الولاء ، كما إذا أعتقت امرأة عبدا ولها ابن من زوج لا يقرب لها ، فإذا ماتت المرأة فإن الولاء ينتقل لولدها ، فإذا مات هذا الولد ، فإن أباه لا يرث العتيق بالولاء عند الأئمة الأربعة ، والميراث للمسلمين .

قوله : (فالولاء بين الثلاثة أثلاثا) لاستوائهم فى التعدد ، ولو كان معهم إناث من جانب أو جانبين ، لم يكن لهن شيء من الولاء ، ولو مات أحدهما عن اثنين والآخر عن ثلاثة ، كان الولاء بينهم أخماسا وقس على ذلك .

خاتمة : الولاء كالنسب ، لا يثبت إلا بشاهدين يشهدان ولو على السماع الفاشى من الثقات وغيرهم ، وشهادة واحد ولو على البت لا يثبت بها الولاء ، ولمقيمه الحلف على صحة ما شهد به ويستحق المال ، لأنه لم يبق بعدَ موت العتيق إلا المال ، وهو يثبت بالشاهد واليمين ، ولكن لا يدفع له المال إلا بعد الاستيفاء لاحتمال دعوى شخص آخر يقيم شاهدين .

[باب فى الشفعة والهبة والصدقة والحبس والرهن والعارية والوديعة واللقطة والغصب]

(بَابٌ فى) بيان (الشُّفْعَةِ والهِبَةِ والصَّدَقَةِ والحَبْس والرَّهْنِ وَالْعَارِيَةِ والْوَدِيعةِ واللُّقَطَةِ وَالْغَصْبِ) .

فهذه تسعة أشياء ذكرها فى الباب – كما ذكرها فى الترجمة – وزاد فيه قوله : ومن استهلك عرضا فعليه قيمته . وضبط هذه الألفاظ ، وبيان معانيها ، يذكر كل محله – إن شاء الله تعالى – .

أما الشفعة – فبضم الشين المعجمة وسكون الفاء – مأخوذة من الشفع ضد الوتر ، لأن الشفيع يضم الحصة التي يأخذها إلى حصته ، فتصير حصته حصتين ، وعرفها ابن الحاجب – رحمه الله تعالى – بأنها : أخذ الشريك حصة شريكه جبرا

(باب الشفعة)

قوله : (ذكرها فى الباب) أى : مرتبة كما ذكرها فى الترجمة مرتبة .

قوله : (وزاد فيه) أى : فى الباب قبيل باب الغصب للمناسبة ، والزيادة على المترجم له محمودة لوقوعها فى آية : ﴿ وَمَا تِلْكَ بِيَمِينِكَ يَامُوسَىٰ ﴾ [طه : ١٧] وفي السنة فى قوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن ماء البحر : « هُوَ الطَّهُورُ مَاؤُهُ الحِلُّ مَيْتَتُه » (١) .

قوله : (وضبط هذه الألفاظ) أى : ما يحتاج لضبط .

قوله : (بضم الشين وإسكان الفاء) وحكى ضمها وفتح العين .

قوله : (فتصير حصته) أى : المملوك له وتسميته حصة للمشاكلة .

قوله : (أخذ الشريك الخ) عرفها ابن عرفة بقوله : استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه ، أى : طلب الشريك أخذ مبيع شريكه بثمنه الذى باع به ، سواء أخذ أو لم يأخذ ، فالشفعة معروضة للأخذ وعدمه ، وتعريف ابن الحاجب معترض ، حيث عبر بالأخذ ،

---

(١) الموطأ : ٢٢/١ ، ٤٩٥/٢ . أبو داود : ٥٤/١ ، ابن ماجه : ١٣٦/١ .

شراء . فأخذ جنس ، وخرج بإضافته إلى الشريك الجار ، فإنه لا شفعة له عندنا ؛ وبحصته : مايأخذه منه كاملا مما لا شركة بينه وبينه فيه ؛ وبالجبر : ما يأخذه بالشراء الاختيارى ؛ وبالشراء : ما يأخذه باستحقاق . وهى رخصة ، والأصل أن لاتجوز ، لأن فيها بيع الرجل ملكه بغير رضاه ، إلا أن الشرع أرخص فيها دفعا لضرر الشريك . قال جابر : قضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل ماينقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة [1] . رواه البخارى ، وغيره . وأخذ من هذا الحديث ، حكمان : وجوب الشفعة للشريك دون الجار ، لأنه بعد القسمة جار ؛ ووجوبها فى الرباع دون العروض ، وإلى هذا أشار الشيخ بقوله : (وَإِنَّمَا الشُّفْعَةُ فى المُشَاعِ) يعني الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر ، ك : قال العلماء : الحكمة

وأجيب بأنه من إطلاق اسم المسبب وهو الأخذ على سببه وهو الاستحقاق ، والقرينة على هذا استعمال الفقهاء ، فإنهم يطلقونها على استحقاق الأخذ ، كقولهم : أسقط فلان شفعته ، أو لا شفعة له ، ويناقش أيضا بأنه غير مانع ، لاقتضائه ثبوتها فى العروض ، وهى لا شفعة فيها ، بقى أن قوله : حصته ، أى بحسب المآل ، وإلا فهى الآن حصة شريكه .

قوله : (ما يأخذه منه) أى من شريكة .

وقوله : (ما يأخذه باستحقاق) أى : من شريكه .

قوله : (بيع الرجل) أى : الذى هو المشترى من شريكه .

قوله : (فإذا وقعت الخ) زعم بعضهم أنه مدرج من كلام جابر ، قال : لأن الأول كلام تام ، والثانى كلام مستقل ، ولو كان الثانى مرفوعا لقال : إذا وقعت اهـ والحق أنه من كلام النبى ﷺ ، لأن الأصل أن كل ما ذكر فى الحديث فهو منه حتى يثبت الإدراج بدليل أفاده القسطلانى.

قوله : (لأنه بعد القسمة جار) أى : إنما قلنا يؤخذ منه أن الجار لا شفعة له ، لأنه حكم فى الحديث بأنه لا شفعة له بعد القسمة ، وهو بعد القسمة جار ، فالجار لا شفعة له .

قوله : (يعنى الأرض وما يتصل بها من البناء والشجر) الظاهر : أن تفسير المشاع بالأرض وما يتصل بها اصطلاح ، وإلا فالمشاع هو الجزء الغير المعين فيصدق بجزء فى ثوب ، مثلا .

---

(١) الموطأ : ٧١٣/٢ و ٧١٧ البخارى شفعة ٣٠٠/١ وغيره أبو داود بيوع : ٣٨٧/٣ . ابن ماجه شفعة : ٨٣٥/٢ .

فى ثبوت الشفعة إزالة الضرر عن الشريك ، وخصت بالعقار لأنه أكثر الأنواع ضررا ، واتفقوا على أنه لا شفعة فى الحيوان ، والثياب ، والأمتعة ، وسائر المنقولات .

ويشترط فيما فيه الشفعة على المشهور : أن يكون قابلا للقسمة ، احترازا عما لا يقبلها ، أو يقبلها بفساد وضرر كالحمام (ولَا شُفْعَةَ فِيمَا قَدْ قُسِمَ) ع : لقوله فى الحديث : « إِذَا وَقَعَتِ ٱلْحُدُودُ وَصُرِفَتِ ٱلطُّرُقُ فَلَا شُفْعَة » وقال ق : لأن الشفعة شرعت : إما لضرر القسمة أو لضرر الشركة ، وذلك غير موجود فى المقسوم ، فلذلك لم تجب فيه شفعة (وَ) كذا (لَا) شفعة (لِجَارٍ) هذا مذهب الأئمة الثلاثة للحديث المتقدم ، وعن أبى حنيفة : أن له الشفعة ، لكن الشريك مقدم على الجار ، وما استدل به وجوابه مذكور فى الأصل (وَ) كذا (لَا) شفعة

قوله : (على أنه لا شفعة فى الحيوان) أى : إلا تبعا كأن يقول فى حائط .

قوله : (وسائر المنقولات) أى : كالحبوب .

قوله : (ويشترط فيما فيه الشفعة على المشهور) ومقابله : أن الشفعة ثابتة فى العقار وما اتصل به قبل القسمة أو لا .

قوله : (احترازا عما لا يقبلها الخ) أى : لا يقبلها أصلا لا بفساد ولا بصلاح ، وانظر أى شىء لا يقبل القسمة من أنواع العقار لا بصلاح ولا بفساد ؟ فإن قلت : يراد به النخلة — مثلا — قلت : هى دخلت فيما يقبل القسمة بفساد فتدبر .

قوله : (وصرفت الطرق) بالتشديد ، أى : ثبت مصارفها بأن عين لكل مقسم مصرفه قاله الشيخ خضر الشافعى .

قوله : (إما لضرر القسمة أو لضرر الشركة) أى : اختلفت العلماء فى سبب الشفعة ، هل هو ضرر الشركة أو ضرر القسمة إذا طلبها البعض وأبى غيره ؟ فمن قال بالأول أثبتها فيما يقبل القسمة وغيره ، كالحمام ، ومن قال بالثانى منعها فيما لا ينقسم .

قوله : (وعن أبى حنيفة) أى : فى سكة غير نافذة .

قوله : (وما استدل به وجوابه الخ) من جملة ما احتج به أبو حنيفة على إثبات الشفعة للجار قوله عليه الصلاة والسلام : « ٱلْجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ » [1] وقوله عليه الصلاة والسلام « جَارُ

---

(١) أبو داود بيوع : ٣٨٨/٣ . ابن ماجه : ٢ / ٨٣٣ .

(فى طَرِيقٍ) خاص بين الشركاء إلى الدار ، أو إلى الجنان ، وأما الطريق العام فلا يجوز بيعه . ق : هذا إذا كان الأصل مقسوما يدل على ذلك قوله : (وَلَا) فى (عَرْصَةِ دَارٍ قَدْ قُسِمَتْ بُيُوتُهَا) وأما إذا كان الأصل غير مقسوم ، وباع أحد الشريكين حصته من الأصل والطريق ، فلشريكه الشفعة فى الأصل والطريق باتفاق ؛ إلى أن قال : ولا فى عرصة دار الخ ، هذا إذا باع نصيبه من العرصة ونصيبه من البيوت ، فلا شفعة فى العرصة وحدها لأنها تابعة لأصل لا شفعة فيه ، وسميت العرصة عرصة – لأن الصبيان يتعرصون فيها – ع : والعرصة ساحة الدار (وَ) كذا (لَا) شفعة (فى فَحْلِ) أى ذكر (نَخْلٍ أَوْ فِي بِئْرٍ إِذَا قُسِمَتِ النَّخْلُ وَالْأَرْضُ)

ٱلدَّار أَحَقُّ بِدارِ جَارِهِ » [1] والجواب : أما الأول فهو أن المراد أحق بمعونته ، والعَرض عليه قبل البيع ، لأن الصقب القريب ؛ وأما الثانى فمحمول على العرض عليه .

قوله : (لا شفعة فى طريق خاص) سواء باع حصته فى الطريق وحدها ، أو مع ما نابه فى الدار ولو أمكن قسم الطريق .

قوله : (هذا إذا كان الأصل مقسوما الخ) الأوْلى أن يقول : لأن قوله قد قسمت بيوتها محذوف من الأول لدلالة الثانى عليه .

قوله : (وأما إذا كان الأصل غير الخ) من تتمة حل قول المصنف ولا فى طريق .

قوله : (إلى أن قال) أى : الأقفهسى .

قوله : (هذا إذا باع الخ) من كلام ق .

قوله : (إذا باع الخ) أى : أو باع نصيبه من العرصة وحدها ، ولو كان يمكن قسمه لأنها تابعة لما لا شفعة فيه ، أى : لأنها تابعة للدار التى انقسمت .

قوله : (لأن الصبيان يتعرصون فيها) أىْ يلعبون ويمرحون فيها وتجمع العرصة على عرصات .

قوله : (إذا قسمت) الظاهر : أن فى كلام المصنف لفا ونشرا مرتبا ، فقوله : النخل ، راجع لقوله : فحل ، وقوله : الأرض ، راجع لقوله : مع بئر ، وبقى ما إذا كانت البئر لنخل ، ذكره بعض الفضلاء .

---

(١) أبو داود بيوع : ٣٨٨/٣ . ابن ماجة ٩٣٤/٢ .

ق : يريد إذا باعه مع أصله للضرر الذي يلحق المشترى فيما اشترى بغير فحل ولا بئر ، ويحتمل إذا باع نصيبه من الأرض والنخل خاصة ، فلا شفعة فيه لأنه مما لا ينقسم . وقوله : (وَلَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي الْأَرْضِ وَما يَتَّصِلُ بِهَا مِنَ الْبِنَاءِ وَالشَّجَرِ) تكرار مع قوله : وإنما الشفعة فى المشاع .

قوله : (إذا باعه) الضمير فيه راجع للفحل والبئر .

وقوله : (مع أصله) أى : الأرض ، وإناث النخل . **فالحاصل** : أن إناث النخل أصل الفحل ، والأرض أصل البئر ، هذا معنى كلامه .

قوله : (فيما اشترى بغير فحل) فيما إذا قسم النخل الإناث ، وبقى الفحل ، وباع حصته من إناث النخل ، ونصيبه من الفحل ، فلو جورت الشفعة فى دلك لصار مع الشريك الفحل كله ، وبقى المشترى من غير فحل ، لأن الشفعة إنما هى فى الذى فيه الشركة الذى هو الفحل فقط .

وقوله : (ولا بئر) فيما إذا قسمت الأرض بقيت البئر بلا قسمة .

قوله : (إذا باع نصيبه من الأرض والنخل خاصة) أى : إذا باع نصيبه من متعلق الأرض والنخل خاصة ، ومتعلق الأرض البئر ، ومتعلق النخل الفحل .

وقوله : (فلا شفعة فيه) أى : فى متعلق ما ذكر ، وما ذكره المصنف من عدم الشفعة فى البئر إذا قسمت الأرض ، ظاهره اتحدت البئر أو تعددت – وهو ما فى المدونة – لأن القسم يمنع الشفعة . وقال فى العتبية : الشفعة ثابتة ! واختلف هل ما فى الكتابين خلاف ؟ وعليه الباجى ، ومنهم من قال بالوفاق ، فحمل ما فى المدونة من عدم الشفعة على البئر المتحدة ، وما فى العتبية على الآبار المتعددة ، أو تحمل المدونة على بئر لا فناء لها ، والعتبية على بئر بها فناء .

قوله : (ولا شفعة إلا فى الأرض الخ) مراده : ولا شفعة بغير التبعية ، فلا يرد أنها تكون فى الحيوان فى كحائط ، لأنها فيه إنما تكون تبعا .

وقوله : (وما يتصل بها الخ) يصدق بما إذا كانا بأرض محبسة ، أو عارية ، وهو كذلك .

قوله : (من البناء والشجر) أى : ونحوهما من الثمار ، والمقاثى ، والقطن ، والباذنجان ، والقرع ، وكل ما تجنى ثمرته مع بقاء أصله ففيه الشفعة ، إلا أن تيبس الثمرة فلا شفعة فيها ، ويفوز بها المشترى . ولا فرق فيما ذكرنا بين أن تباع مع أصلها أو منفردة عنه .

وتسقط الشفعة بأحد أمور ثلاثة :

أحدها : الترك بصريح اللفظ ، كقوله : أسقطت شفعتي ، والمعتبر فى إسقاط الشفعة أن يكون بعد الشراء ، أما قبله فكالعدم – على المنصوص – لأنه إسقاط الشيء قبل وجوبه .

ثانيها : مايدل على الترك كرؤيته للمشتري يهدم ، ويبني ، ويغرس ، وهو ساكت .

ثالثها : ترك القيام بشفعته من غير عذر بعد علمه بالعقد وحضوره بالبلد ، وإليه يشير قول الشيخ (وَلَا شُفْعَةَ لِلْحَاضِرِ) يعني فى البلد دون العقد (بَعْدَ السَّنَةِ) أما إذا حضر العقد ، وسكت عن طلب الشفعة شهرين ، فإن ذلك يسقط

ولا شفعة فى البقول والزرع ، فإذا باع أحد الشركاء فى الزرع حصته منه بعد يبسه ، فلا شفعة لشريكه سواء باعها منفردة أو مع الأرض ، وتكون الشفعة فى الأرض دون ما فيها من الزرع بما ينوبها من الثمن .

قوله : (أما قبله فكالعدم) وله الأخذ بالشفعة إذا وقع البيع بعد ذلك ، ولو على وجه التعليق الصريح : كأن اشتريت أنت فقد أسقطت أنا شفعتى ، وهذا بخلاف من قال لعبد : إن ملكتك فأنت حر ، أو إن تزوجتك فأنت طالق فيلزم مع أنه قبل الوجوب ، والفرق أن فى هذين الحق لله بخلاف الشفعة ، وأيضا الشارع متشوف للحرية وللاحتياط فى النكاح للفروج .

قوله : (كرؤيته للمشترى يهدم ويبنى الخ) الواو بمعنى أو ، أى : يهدم أو يبنى ، وكذا الواو فى قوله : ويغرس ، أى : يهدم ما لا يهدم ، أو يبنى ما لا يبنى ، وأما لو هدم ما يهدم ، أو بنى ما يبنى ، فلا تسقط شفعته ، قاله بعض . وقال آخر : وظاهره ولو كان الهدم والبناء للإصلاح ، وظاهره أيضا ولو كان يسيرا .

قوله : (بعد السنة) ولو بغروب الشمس من آخرها ، قاله أشهب .

قوله : (أما إذا حضر العقد وسكت) أى : وكتب خطه فى الوثيقة ، أى : وثيقة الشراء ، فقد أخل بذلك القيد ، فإذا حضر ولم يكتب شهادته ، فحكمه حكم من لم يحضر لا يسقط إلا بعد مضى سنة بعد العقد ولو ادعى الجهل بالحكم ، بأن قال : أنا جهلت

شفعته (وَ) أما (الْغَائِبُ) غيبة بعيدة فإنه (عَلَى شُفْعَتِهِ وَإِنْ طَالَتْ غَيْبَتُهُ) إذا كانت غيبته قبل وجوب الشفعة له ، علم بالبيع أو لم يعلم ، وليس للبعد والقرب حد على الصحيح ، لأن أحوال الناس تختلف ، إذ ليس الرجل كالمرأة ، وليس الضعيف

وجوب الشفعة لى ، هذا مذهب ابن رشد ، وهو خلاف مذهب المدونة ، فقالت : وإذا علم بالاشتراء فلم يطلب شفعته سنة فلا يقطع ذلك شفعته وإن كان قد كتب شهادته فى الاشتراء ، فلم يجعل لكتب الشهادة فى عقد الشراء تأثيرا ، ومذهب المدونة هو المعتمد ، وحينئذ فما قارب السنة مما زاد عليها له حكمها على مذهب المدونة . قال ابن الهندى وغيره - من أرباب الوثائق - : وذلك الشهر والشهران . وحكى فى الطراز ثلاثة أشهر ، وقال ابن سهل : أربعة أشهر - وكلام ابن الهندى هو الراجح .

قوله : (وأما الغائب غيبة بعيدة) احترز عن القريبة التى لا كلفة عليه فيها فكالحاضر ، هكذا قال أشهب ، وهو الموافق لقول خليل آخر باب القضاء : والقريب كالحاضر . ولما كتبه الشيخ عبد الرحمن الأجهورى بطرة بهرام . وأما ابن القاسم فظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن تكون الغيبة - قريبة أو بعيدة - فيما ذكر .

وغيبة الشخص المشترى كغيبة الشفيع ، وغيبتهما عن محل الشقص غيبة بعيدة وهما بمكان كحضورهما ، ولا نظر لغيبة الشقص فى هذه .

قوله : (علم بالبيع) أى : فى حال غيبته أو لم يعلم ، ومثل ذلك : لو لم يعلم بيع حصة شريكه حتى غاب ، فإنه يستمر على شفعته ولو طالت غيبته ، فإذا رجع بعد غيبته كان حكمه حكم الحاضر العالم بالبيع ، فتسقط شفعته بعد سنة وما قاربها من يوم قدومه .

فإذا تنازع الشفيع مع المشترى عند الغيبة الطويلة ، فقال المشترى له : أنت علمت بالبيع وغبت غيبة بعيدة فلا شفعة لك ، وقال الشفيع : ما علمت بالبيع ، فالقول قوله مع يمينه ، ويأخذ شفعته وله سنة من يوم العلم . وأما لو علم بالبيع وادعى جهل الأخذ بالشفعة فلا يعذر ولو كان امرأة ، لأن الناس لا يجهلون أمر الشفعة كالمعتقة تحت العبد ، قاله أبو الحسن .

تنبيه : إنما يكون مضى المدة المذكورة مسقطا لشفعة من حضر العقد إذا كان الشفيع عاقلا ، بالغا ، رشيدا ، عالما بالبيع ، ولا عذر له ، وإلا استمر على شفعته حتى يحصل له العلم ، أو يزول العذر ، فينزل منزلة من كان حاضر العقد فتسقط شفعته بعد السنة وما قاربها .

قوله : (وليس للبعد والقرب حد على الصحيح) مقابله : ما لابن رشد من أن تسعة أيام فأكثر بعيد اتفاقا ، وثلاثة فما دونها قريب اتفاقا ، واختلفوا فى أربعة أيام إلى ثمانية ، هل هو

كالقوى ، ولا الطريق المأمونة كالمخوفة ، وقيدنا : بما إذا كانت الخ ، لأنه إذا سافر بعد وجوب الشفعة ، فيه تفصيل وهو : إما أن يعلم أنه لا يؤوب من سفره إلا بعد مضى الحد المؤقت فى الشفعة ، فإنه لا شفعة له ، وإما أن يعلم أنه يرجع قبل مضى السنة ، فإنه على شفعته وإن عاقه عائق وطالت غيبته هنالك .

(وَعُهْدَةُ الشَّفِيعِ عَلَى المُشْتَرِي) ك : إن استحقها أحد من يد الشفيع ، فإنه يأخذها من غير أن يدفع فيها شيئا ، ويرجع الشفيع على المشتري بما أعطاه ، ويرجع المشتري على البائع بالثمن .

من حيز البعيد أو القريب ؟

قوله : (إما أن يعلم أنه لا يؤوب) أى : لا يرجع .

قوله : (وإما أن يعلم أنه يرجع) أى : يظن ، قال العلامة خليل : إلا أن يظن الأوبة قبلها فَعِيقَ . ويحلف أنه لم يغب إلا لظنه الرجوع قبل انقضاء السنة ، فإنه يستمر على شفعته ، ومحل حلفه – على ما قاله العلامة خليل – إن بعد الزمان فى غيبته ، وأما إن جاء بعد مضى المدة المسقطة بزمن قريب لم يحلف ، والقرب والبعد بالعرف – كما هو الظاهر – كذا فى بعض شراحه ولا يقبل قوله فى العائق بمجرده بل بالبينة أو القرينة .

قوله : (وعهدة الشفيع على المشترى) أى : على المشترى المأخوذ منه بالشفعة ، فيدخل فيه ما إذا تعدد المشترى وأخذ بشراء واحد معين ، قاله عج . فإذا تكرر فى الشقص البيع ، فإن الشفيع يأخذ بأى بيع شاء ، وعهدته – وهى ضمان الشقص من العيب والاستحقاق – على من أخذ ببيعه ، ويدفع الثمن لمن بيده الشقص ، فإن اتفق الثمنان فلا إشكال ، وإن اختلفا : فإن كان الأول أكثر كما إذا كان عشرين – مثلا – والأخير عشرة ، فإن أخذ بالأول ، دفع للأخير عشرة ويدفع العشرة الأخرى للأول ، وإن كان الثانى أكثر وقد أخذ بالأول ، دفع للأخير عشرة ويرجع على بائعه .

فقول الشارح : (إن استحقها) أى : استحق السلعة المبيعة أحد ، أى أو ظهر بها عيب يوجب الرد ، ومحل كونه يأخذ بأى بيع شاء ، إذا لم يعلم بتعدده ، أو علم فى غيبته ، وأما لو كان حاضرا عالما بتعدده ، فإنما له الأخذ بالأخير ، لأن سكوته مع علمه دليل على أنه رضى بشركة غير الأخير .

(وَيُوقَفُ الشَّفِيعُ فَإِمَّا أَخَذَ أَوْ تَرَكَ) يعنى : أن للمشتري أن يقوم على الشفيع ، ويلزمه بالترك أو الأخذ بالثمن الذي اشترى به إن كان مما له مثل ، أو قيمته إن كان من ذوات القيم ، مثل : أن يشترى بشيء من الحيوان والعروض ، فإن امتثل أحد الأمرين فلا كلام ، وإلا رفعه للحاكم على المشهور ، وإذا طلب التأخير ليختار أو ليأتى بالثمن ، أخر ثلاثة أيام .

واستثنى من المصنف مسألتان العهدة على البائع ، **إحداهما** : أن يشترى عاملُ القراض بمال القراض شقصا هو شفيعه . **وثانيهما** : أن يشترى بمال القراض شقصا ورب المال هو شفيعه ، فإن عهدة الشفيع فى هاتين على البائع ، لأنها لو كانت على المشترى فيهما لضاع الثمن على دافعه .

قوله : (ويوقف الشفيع) أى : بعد الشراء ولزومه ، لأنه لا يطالب قبل البيع ولا بعده وقبل لزومه ، وظاهر تقرير الشارح : أنه يوقفه أولا بنفسه ، والذى رأيته فى كلام غيره أن المشترى يطالبه عند الحاكم ، وظاهره ابتداء . وفى كلامهم ما يؤيده ، وإنما كان له المطالبة لما يلحقه من الضرر بعدم تصرفه فى الحصة التى اشتراها ، وإن كان لا يجب عليه الترك ، ليعلم الشفيع وإنما يندب فقط .

قوله : (فإما أخذ أو ترك) فإن اختار الشفيع الأخذ بالشفعة ووجد المشترى وهب الشقص ، أو حبسه ، فإن له نقض ما ذكر من الحبس ولو كان مسجدا ، وانظر : هل يفعل بالأنقاض كيف شاء حيث علم أن له شفيعا أو لا ؟ ومن الهبة ويكون الثمن الذى وقع به البيع للموهوب له ، حيث علم المشترى أن له شفيعا ، لأن المشترى للشقص لما علم أن له شفيعا ووهبه للغير ، فكأنه دخل على هبة الثمن .

قوله : (بالثمن الخ) أى : ولو كان الثمن دينا ويأخذه برهنه ، وضامنه ، وأجرة دلال ، وعقد شراء ، وفى المكس تردد .

قوله : (وقيمته إن كان من ذوات القيم) ويأخذه أيضا بقيمة الشقص ، فى كخلع ، وصلح عمد .

قوله : (على المشهور) راجع لأصل المسألة ، أى : يوقف للأخذ والترك بلا إمهال ، ومقابله قول ابن عبد الحكم : يمهل ثلاثة أيام قياسا على المرتد ، أى : وما تقدم من التفصيل بين السنة والشهرين ، فهو عند عدم قيام المشترى .

(وَلَا تُوهَبُ الشُّفْعَةُ وَلَا تُبَاعُ) يعنى : لايجوز للشفيع أن يهب ماوجب له من الشفعة لغير المبتاع ، ولا يبيع منه شيئا . مثل : أن يقول له : قد وهبتك شفعتي التى وجبت لى عند فلان ، أو اشترها منى بكذا ، لأن الشفعة إنما جعلت للشريك لأجل إزالة الضرر عنه ، بأن يدخل عليه من لا يعرف شركته ولا معاملته ؛ وفى جواز بيع الشفعة وهبتها للمبتاع قولان .

وإذا وجبت الشفعة لشركاء فى دار – مثلا – (وَ) اختلفت أنصباؤهم فيها ، فإنها (تُقْسَمُ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ بِقَدْرِ الْأَنْصِبَاءِ) مثال ذلك : أن تكون دار بين ثلاثة أشخاص لأحد النصف ، ولآخر الثلث ، ولآخر السدس ، فباع صاحب النصف نصيبه ، فإن صاحب الثلث يأخذ ثلثي الشقص ، ويأخذ صاحب السدس مابقى ، وهو ثلث الحصة ، فيصير لصاحب الثلث ثلثا الدار ، ولصاحب السدس الثلث من جميع الدار ، هذا هو المشهور ؛ ومقابله يقول : يقسم النصف المبتاع بين الشفيعين ، واستظهر لأن الشفعة معللة بالضرر ، ويستوى فى ذلك الشركاء وإن اختلفت أنصباؤهم .

فقول الشارح : (وإذا طلب التأخير ليختار الخ) مرور على قول ابن عبد الحكم الذى قد علمت أنه خلاف المشهور ، فإذن ففى العبارة شىء .

قوله : (ولا يبيع منه) أى : له .

قوله : (وفى جواز بيع الشفعة وهبتها للمبتاع قولان) القول بالجواز فيه شىء ، لأن المقصد من الشفعة الأخذ وعدمه ، لأن الشرع إنما جعل له ذلك لدفع الضرر ، وإذا بيعت كان من أكل الأموال بالباطل ، والمراد بالهبة فى كلامه هبة الثواب حتى يظهر التعليل ، كذا قرر بعض الأشياخ .

قوله : (مثال ذلك) هذا إذا اختلفت الأنصباء وبيع لأجنبى ، وأما لو لم تختلف الأنصباء فإنها تقسم على الرؤوس ، كما لو كان المشترك مما لا يقبل القسمة : كطاحون ، ومعصرة ، على القول بالشفعة ، فإنها تقسم على الرؤوس اتفاقا . وقولنا : لغير الشركاء ، لأنه لو كان المشترى بعض الشركاء ، لترك له حصته التى كان يأخذها لو كان المشترى أجنبيا ، فإذا كانت دار بين أربعة : لأحدهم الربع ، ولآخر الثمن ، ولآخر الثمن ، أيضا ، ولآخر النصف ، فباعه لصاحب الربع ، فإن لصاحبى الثمنين أن يأخذا بالشفعة نصف المبيع ، وباقيه لمشتريه ، لأنه كان يأخذه لو كان المشترى أجنبيا .

ثم انتقل يتكلم على الهبة ، والصدقة ، والحبس فقال : (وَلَا تَتِمُّ هِبَةٌ وَلا صَدَقَةٌ وَلَا حُبُسٌ إِلَّا بِٱلْحِيَازَةِ) الحبس يأتي الكلام عليه ، وأما الهبة والصدقة ، فلا يفترقان إلا فى شيئين : أحدهما : أن الهبة تعتصر ، والصدقة لاتعتصر ، والآخر : أن الهبة يصح الرجوع فيها بالبيع ، والصدقة لا يجوز ذلك فيها ولو على ابنه – كما سينص عليه بعد – والفرق بين حقيقتهما : أن الهبة للمواصلة والوداد ، والصدقة لابتغاء الثواب عند الله تعالى . وإذا تقرر اشتراكهما فيما عدا الحكمين المذكورين ، فليكن الكلام عليهما واحدا ، وذلك من وجوه :

أحدها : في حكمهما ، وهو : الندب ، دل عليه الكتاب ، قال تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُ بِٱلْعَدْلِ وَٱلْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي ٱلْقُرْبَىٰ ﴾ [النحل ٩٠] ﴿ وآتى

قوله : (ولا تتم هبة) أفهم أن هذه المذكورات تصح وتلزم بمجرد القول أو الفعل الدال عليها ، ويقضى على الفاعل بدفعها على المذهب ، وليس له رجوع فيها ، وحيازتها كالرهن فى معاينة البينة على القبض ، ولا يكفى الإشهاد .

قوله : (الهبة تعتصر الخ) أى : أن الوالد إذا وهب لابنه هبة جاز له أن يعتصرها ، وأما إذا تصدق عليه بشىء فلا يجوز له أن يعتصره .

قوله : (إن الهبة يصح الرجوع الخ) يعنى أن عود الهبة إلى ملك واهبها ببيع ، أو هبة ، أو صدقة ، أو غير ذلك ، جائز ؛ وأما عود الصدقة إلى ملك من يتصدق بها ببيع أو نحوه – مما ذكر – مكروه . هذا إذا كان العود بغير ميراث ، وأما إذا عادت بميراث فإنه لا كراهة فيه ، كما أنه لا كراهة فى شراء العرية والعمرى ؛ وكذا من سبل ماء على مسجد ، فيجوز له أن يشرب منه ، وسيأتى .

قوله : (والوداد) عطف تفسير ، هو بمعنى قول ابن عرفة : الهبة لا لثواب تمليك ذى منفعة لوجه المعطَى بغير عوض ، والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطى ، فأخرج بقوله : ذى منفعة ، العارية ونحوها ، وقوله : لوجه المعطى ، أخرج به الصدقة ، فإنها لوجه الله فقط ، أو لإرادة الثواب مع وجه المعطى على قول الأكثر ، وأخرج بقوله : بغير عوض ، هبة الثواب .

قوله : (إن الله يأمر بالعدل الخ) أى : بالتسوية فى الحقوق وترك الظلم .

الْمَالَ عَلَى حُبهِ ﴾ [البقرة : ١٧٧] ﴿ إن تُبْدُوا الصَّدَقَات فَنِعِمَّا هِيَ ﴾ [البقرة : ٢٧١] إلى غير ما آية . والسنة ، ففي الصحيحين أنه ﷺ قال : « مَنْ تَصَدَّقَ بِعِدْلِ تَمْرَةٍ مِنْ كَسَبٍ طَيِّبٍ ، وَلَا يَقْبَلُ اللهُ إِلَّا الطَّيِّبَ – فَإِنَّ اللهَ يَتَقَبَّلُهَا بِيَمِينِهِ ، ثُمَّ يُرَبِّيهَا لِصَاحِبِهَا كَمَا يُرَبِّى أَحَدُكُمْ فَلُوَّهُ حَتَّى تَكُونَ مِثْلَ الجَبَلَ » [1] والإجماع على ذلك حكاه ابن رشد وغيره .

وقوله : (والإحسان) أى : إلى من أساء إليكم ، أو الفرض والندب .

وقوله : (وإيتاء ذى القربى) أى : وإعطاء ذى القرابة ، وهو صلة الرحم .

وقوله : (وآتى المال على حبه) أى حب الله ، أو حب المال ، أو حب الإيتاء بأن يعطيه وهو طيب النفس بإعطائه .

قوله : (فنعما هى) أى : فنعم شيئا إبداؤها .

قوله : (إلى غير ما آية) ما زائدة ، أى : إلى غير آية ، أى : أكثر من آية .

قوله : (بعدل تمرة) – بمثناة فوقية ، وسكون الميم – والعدل عند الجمهور – بفتح العين – المثل ، وبالكسر : الحمل – بكسر الحاء – أى : بقيمة تمرة .

وقوله : (طيب) أى : حلال .

وقوله : (ولا يقبل الله إلا الطيب) جملة معترضة بين الشرط والجزاء تأكيدا لتقرير المطلوب فى النفقة .

وقوله : (بيمينه) قال الخطابى : ذكر اليمين لأنها فى العرف لما عز ، والأخرى لما هان ، وقال ابن اللباد : ونسبة الأيدى إليه تعالى استعارة لحقائق أنوار علوية ، يظهر عنها تصرفه وبطشه ، بدأ وإعادة ، وتلك الأنوار متفاوتة فى روح القرب ، وعلى حسب تفاوتها وسعة دوائرها تكون رتبة التخصيص لما ظهر عنها ، فنور الفضل باليمين ، ونور العدل باليد الأخرى ، والله سبحانه وتعالى يتعالى عن الجارحة .

وقوله : (ثم يربيها) – بضم الياء وفتح الراء – بمضاعفة الأجر .

قوله : (فلوة) – بفتح الفاء ، وضم اللام ، وفتح الواو المشددة – المهر حين يفطم ،

---

(١) الموطأ : ٩٩٥/٢ البخارى كتاب التوحيد ٢٧/١ ومسلم كتاب الزكاة : ١٢٥/١ .

الثاني : في أركان الهبة ، وهي أربعة : **أولها** : الواهب ، وهو : من له التبرع ، وهو غير المحجور عليه ، فالمحجور عليه لا تصح منه الهبة .

ثانيها : الموهوب له ، وهو : من يصح تملكه الهبة ولو لم يدم .

ثالثها : الموهوب ، وهو كل مملوك يقبل النقل كالثوب والدار ، لا ما لا يقبل النقل : كالاستمتاع بالزوجة وأم الولد .

وهو حينئذ يحتاج إلى تربية غير الأم ، وجمعه أفلاء كعدو وأعداء ، وفى رواية فلوه – بفتح الفاء ، وسكون اللام ، وفتح الواو – والأنثى فلوة بالهاء .

وقوله : (حتى تكون) – بالمثناة الفوقية – أى : حتى تكون التمرة .

وقوله : (مثل الجبل) أى : فتثقل فى ميزانه ، أو المراد الثواب الجزيل .

قوله : (فى أركان الهبة وهى الخ) حيث قال : فليكن الكلام عليهما واحدا . فكيف يقول الهبة فقط هنا وفيما بعدها ؟ حيث قال : الوجه الثالث فى شرطها ، إن قرئ ما يأتى بالإفراد ، وإن قرئ بالتثنية صح ذلك فيه ، وهو الملائم لقول المصنف بالحيازة ، فإنه جعلها شرطا فيهما ، وفى الحبس . إلا أن يجاب عما هنا : بأن كلامه فى الهبة ، وتكون الصدقة مثلها لقوله : فليكن الكلام عليهما واحدا ، وحينئذ فما وجه جعل الهبة أصلا فى الكلام ويجعل الصدقة مثلها ؟ .

قوله : (وهو من له التبرع) أى : من له التبرع بما يريد أن يهبه .

قوله : (فالمحجور عليه) أما هبة الصغير ، والسفيه ، والمرتد ، فباطلة . وأما هبة المريض ، والزوجة بأزيد من الثلث ، فصحيحة ، موقوفة على إجازة الزوج والورثة ، كهبة من أحاط الدين بماله فصحيحة ، موقوفة على إجازة الغريم .

قوله : (من يصح تملكه الهبة) ولو لم يدم ، احترازا عن حمار وجمل .

وبقوله : (ولو لم يدم) دخل عطية الرقيق لمن يعتق عليه ، فإنه يعتق بمجرد الملك حيث علم المعطى – بالكسر – أو قبل المعطى بالفتح .

قوله : (يقبل النقل) أى : فى الجملة ، فيشمل كلب الصيد ، وجلد الأضحية ، والأشياء المجهولة ، وأشار الشارح بتكرار المثال إلى أن المراد بالنقل نقل الملك ، لا نقل الذات فقط .

قوله : (كالاستمتاع بالزوجة) أى : والشفعة ، ورقبة المكاتب ، والحبس ، فلا تصح

رابعها : الصيغة كوهبتك ، وأعطيتك .

الوجه الثالث : فى شرطها ، وهو الحوز ، وهو شرط فى التمام والاستقرار ، لا فى الصحة واللزوم ، وإليه أشار الشيخ بقوله : ولا تتم الخ ، ولم يقل ولا تصح . ولا يشترط فى الحوز إذن الواهب بل لو وجدها سائبة فأخذها فهو حوز . وفائدة تمامها بالحوز : أنه إذا مات قبل حيازتها بطلت ، وإليه أشار بقوله (فَإِنْ مَاتَ) الواهب (قَبْلَ أَنْ تُحَازَ عَنْهُ فَهِيَ مِيرَاثٌ) يرثه الورثة ، وتبطل لمن جعلت له . ظاهر كلامه : وإن كان الموهوب له جادا فى الطلب ، وهو كذلك عند ابن الماجشون ؛ ومذهب ابن القاسم : أن الموهوب له ، إذ طلب الهبة من الواهب ، فامتنع من دفعها له فجد فى تحصيل القبض ، فلم يتمكن منه حتى مات الواهب ، فإن الهبة

هبة شيء منها والأحسن أن يقول : كالزوجة ، وأم الولد ، وذلك لأن الاستمتاع بهما شيء يترتب على الملكية الحاصلة بهبة ما ذكر فتدبر .

قوله : (الصيغة كوهبتك الخ) ظاهر عبارته أن الصيغة لا تكون إلا لفظا ، وليس كذلك ، بل نقول : كل ما دل على تمليك الرقبة للمعطى له ولو فعلا كدفع دينار لفقير وكتحلية الوالد لولده .

قوله : (وهو شرط فى التمام والاستقرار) عطف الاستقرار تفسير . واعلم : أن حقيقته فى عطية غير الابن رفع تصرف المعطى فى العطية بصرف التمكن منه للمعطى له أو نائبه . وقلنا فى عطية غير الابن ، احترازا عن عطية الأب لابنه الصغير ، أو السفيه ، ومثل الأب الوصى على يتيم ، ومقدم القاضى ، فتصح العطية لهؤلاء ، ولو استمرت تحت يد المعطى إلى موته ، أو فلسه ، حيث أشهد على الهبة ، ولو لم يصرف الغلة له ، ولا عاينوا الحيازة ، ولا أحضرها لهم حيث لم تكن دار سكناه ، وكان يعرف بعينه وسيأتى محترزه .

قوله : (فإن مات الواهب) المناسب ترجيع الضمير لما يفهم من المقام ، وهو المتبرع بواحد مما ذكر من الهبة ، والصدقة ، والحبس ، لا خصوص الواهب ، ويفيد ذلك ما سنذكره من أن قول المصنف : إلا أن يكون ، راجع للثلاثة فتدبر . ومثل الموت إحاطة الديون بماله ، أو جنونه ، أو مرضه المتصل بموته .

قوله : (ومذهب ابن القاسم) هو المعتمد .

قوله : (حتى مات الواهب) أى : أو فلس ، أو جن ، أو مرض .

لا تبطل ، وكذلك إذا جحد الواهب الهبة ، وأقام الموهوب له بينة ، وسعى فى تزكية شهود الهبة ، فمات الواهب قبل التزكية . والاستثناء فى قوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ فِى الْمَرَضِ فَذَلِكَ نَافِذٌ مِنَ الثُّلُثِ) راجع للثلاثة ، ع : معناه : إذا وهب شيئا ، أو تصدق به ، أو حبسه فى مرضه ، فإنما يخرج من ثلث ماله بعد موته (إِنْ كَانَ لِغَيْرِ وَارِثٍ) لأن الوصية للوارث غير جائزة ، إلا أن يجيز ذلك الورثة .

الوجه الرابع : فى تقسيمها ، وهو ثلاثة :

أحدها : ماقيد بنفى الثواب ، وهو **ضربان** : أحدهما : ما يراد به وجه الله تعالى وإليه أشار بقوله : (وَالْهِبَةُ لِصِلَةِ الرَّحِمِ) وهو كل من لا يجوز نكاحه أن لو كان امرأة ، أو ليتيم (أَوْ لِفَقِيرٍ) حكمها (كالصَّدَقَةِ لا رُجُوعَ) له (فِيهَا)

قوله : (فى المرض) أى : المتصل بموته ، وأما لو صح منه فإن جميع ما صدر منه ولو بأكثر من الثلث ، أو كانت لوارث صحيح لازم يجب عليه تنفيذه حيث كان لا حجر عليه بسفه ولا دين .

قوله : (فذلك) أى : التبرع الواقع بلفظ الهبة ، أو الصدقة ، أو الحبس فى المرض .

قوله : (نافذ من الثلث) لأنه خرج مخرج الوصية .

قوله : (راجع للثلاثة) أى : فقوله ذلك راجع لما ذكر من الثلاثة .

قوله : (غير جائزة) أى : غير نافذة ، أى : فهى باطلة ، وإن أجاز الوارث كان ابتداء عطية منه .

قوله : (ما قيد بنفى الثواب) أراد به الثواب الدنيوى وهو عرضها المعلوم .

قوله : (والهبة لصلة الخ) أى : الهبة للرحم لأجل صلته .

قوله : (وهو كل من لا يجوز الخ) ولو غنيا .

قوله : (أو ليتيم) أى : من حيث يتمه .

وقوله : (لفقير) أى من حيث فقره ثم يحتمل – وهو الظاهر – أن مراده : أن هبة الوالد لولده لأجل صلة الرحم ، أو لأجل فقره ، أو لأجل يتمه ، كما إذا كانت من الأم – كالصدقة – لا يجوز له الاعتصار ، ويحتمل أن المراد : أن عود الهبة لما ذكر ببيع أو غيره مكروه – كالصدقة – فلا يقصر الرحم ، والفقير ، واليتيم ، على خصوص الولد بل ولا يقصر الحكم على خصوص الرحم بالمعنى المذكور بل مطلق قريب ، لأنها فى الحقيقة صدقة ، ولو صرح فيها

أما منعه الرجوع فى الصدقة والهبة للفقير ، فإنها خرجت عن ملكه على طريق الثواب وابتغاء وجه الله تعالى ، والهبة للرحم – جارية مجرى الصدقة – وقوله : (وَمَنْ تَصَدَّقَ عَلَى وَلَدِهِ فَلَا رُجُوعَ لَهُ) مستغنى عنه بما قبله ، ومع ذلك فيه نظر ، لأن المسألة فيها ثلاثة أقوال ، وكلامه بحسب الظاهر لا يوافق واحدا منها ، أحدها : يرجع فيها مطلقا ، ثانيها : ترجع إليه بالشراء دون الصدقة : ثالثها : لا ترجع إليه إلا من ضرورة ، مثل : أن يتصدق على ابنه بجاريته فتتبعها نفسه ، فإنه يرجع فيها للضرورة ويعطيه قيمتها ، ويمكن رجوعه إلى هذا بأن يقال : يريد إلا من ضرورة .

بلفظ الهبة لقوله – رحمه الله – أحدهما ما يراد به وجه الله .

قوله : (أما منعه الخ) يراد بالمنع الحرمة على الاحتمال الأول ، والكراهة على الثانى .

قوله : (فإنها) الأوْلى فإنهما ، أى الصدقة ، أى : التى هى المشبه به ، والهبة التى هى المشبه .

وقوله : (وابتغاء وجه الله) أىْ فالمراد بالثواب الثواب الأخروى ، وأراد بقوله : ابتغاء وجه الله عدم طلبه الثواب الدنيوى ، وهو طلبه الثواب الأخروى حقيقة أو حكما ، الأول ظاهر ، والثانى وهو مرتبة الكمل الذين لا يقصدون بأعمالهم إلا الله ، فهُم وإن لم يقصدوا الثواب الأخروى حقيقة إلا إنهم يطلبونه حكما ، من حيث إن الله وعد به .

وقوله : (والهبة للرحم جارية مجرى الصدقة) هذا لا يتم مع تصديره بقوله : أحدها ما يراد به وجه الله ، إلا أن يراد بقوله : ما يراد به وجه الله ، أى ، ولو حكما .

وقوله هنا (على طريق الثواب) أى : على طريق هى الثواب حقيقة ، وسكت عن اليتيم **فنقول** : إن الهبة له من حيث يتمه جارية مجرى الصدقة .

قوله : (بحسب الظاهر) أى : وأما بحسب التأويل فيوافق ، كما أشار له بقوله : يريد إلا ضرورة .

قوله : (ثالثها) هذا هو الراجح .

قوله : (ويعطيه قيمتها) ويستقصى فى تلك القيمة للولد ويشهد بذلك ، أى : بأنه إنما أخذها بالثمن لا بالاعتصار .

والضرب الثانى : وهو ما يراد به المودة والمحبة ، وإليه أشار بقوله : (وَلَهُ أَنْ يَعْتَصِرَ مَاوَهَبَ لِوَلَدِهِ الصَّغِيرِ أَوِ الكَبِيرِ) ابن عرفة : الاعتصار ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لابطوع المعطى . واحترز بالهبة عن الصدقة ، فإنها – كما قدمنا – لا تعتصر وقيد اعتصار الأب من الكبير بقوله : (مَالَمْ يُنْكَحْ لِذَلِكَ) أى : للهبة (أَوْ يُدَايَنْ) لها (أَوْ يُحْدِثْ فى الهِبَةِ حَدَثاً) مثل : أن يهبه حديدا فيصنعه آنية (وَ) أما (الْأُمُّ) فإنها لا (تَعْتَصِرُ)

قوله : (والمحبة) عطف تفسير .

قوله : (وله) أى : للأب دنية لإخراج الجد ، فلا يحل له أن يعتصر ما وهبه لولد ولده .

قوله : (ما وهب لولده) أى : لا لصلة الرحم ، ولا لفقره ، ولا لقصد ثواب الآخرة ، بل وهبه لوجهه ، والحبس كالصدقة لا رجوع فيه إلا بشرط الرجوع فيعمل به فى الصدقة ، والحبس ، ولا فرق بين أن يكون الولد ذكرا أو أنثى ، غنيا أو فقيرا ، حيزت الهبة أو لا .

قوله : (وقيد اعتصار الأب من الكبير الخ) لا مفهوم له بل لا فرق بين أن يكون الولد كبيرا أو صغيرا .

قوله : (ما لم ينكح أو يداين الخ) بالبناء للمجهول ، ليفيد أن العبرة بقصد المنكح ، أو رب الدين الذى داينه ، وأما قصده هو فلا يعتبر ذلك ، ولكن ذكر المواق ما يفيد أن المعتمد خلاف ذلك ، وأنه يكفى قصد الابن فلو قصد ذاته بالإنكار ، أو كانت قليلة لا ينكح ولا يداين الشخص لأجلها ، فلا يفوتان الاعتصار .

تنبيه : المراد بالإنكاح العقد دخل أو لا ، بقى نكاحه أو زال بطلاق أو موت .

قوله : (أو يحدث فى الهبة حدثا) أى : حادثا ينقصها فى ذاتها أو يزيدها ، فإنها تفوت عليه ، ولا يحل له اعتصارها إلا أن يزول النقص ، أو يرجع الزائد ، فإنه يعود الاعتصار ، ولا فرق فى النقص بين الحسى كهزال الحيوان الذى كان سمينا ، والمعنوى كنسيان العبد صنعة ، وكذا تفوت الهبة المثلية بخلطها بمثلها ، ولا عبرة بحوالة الأسواق .

قوله : (وأما الأم) أى : دنية .

قوله : (فإنها لا تعتصر) أى : ما وهبته لولدها سواء كان صغيرا أو كبيرا .

إلا (مَا دَامَ الْأَبُ حَيًّا – فَإِنْ مَاتَ لَمْ تَعْتَصِرْ) فقوله : (وَلَا يُعْتَصَرُ مِنْ يَتِيمٍ) تكرار ، ويسمى يتيما مالم يبلغ ، فإذا بلغ لم يسم يتيما – ثم بين الجهة التي يكون الولد بها يتيما فقال (وَالْيَتِيمُ) في العقلاء (مِنْ قِبَلِ الْأَبِ) وأما فى غيرهم فمن قبل الأم .

ثم انتقل يتكلم على حيازة الأب للابن فقال (وَمَا) أي : الشيء الذى (وَهَبَهُ) الأب (لِابْنِهِ الصَّغِيرِ فَحِيَازَتُهُ لَهُ جَائِزَةٌ) بشرطين ، أحدهما : ماأشار إليه

قوله : (ما دام الأب حيا) أى : ولو مجنونا زمن الهبة جنونا مطبقا ، إلا أن تكون قصدت بهبتها صلة رحم ، أو ثواب آخرة ، أو لفقره ، فلا تعتصر ؛ وأما إن كان حين الهبة لا أب له ، فليس لها أن تعتصرها ، لأنه يتيم ويعد ذلك كالصدقة ولو بلغ ؛ وأما لو وهبت لكبير ، أى : بالغ ، فلها الاعتصار ، سواء كان له أب أم لا ، وأما لو وهبت الصغير ذا الأب ، ثم مات أبوه صغيرا ، ففيه قولان ، أحدهما : ليس لها الاعتصار ، وهو ظاهر المصنف ، والمدونة ، وقال به ابن المواز ، ومقابله اللخمى ، لأنها لم تكن بمعنى الصدقة حيث كان له أب حين الهبة ، ومشى عليه العلامة خليل ورجح الأول .

قوله : (تكرار) أى : مع قوله : فإذا مات لم تعتصر ، وقد يقال لا تكرار ، بأن يكون الأول حدثت الهبة فى حياة الأب ، ثم يتم ، وأما هذه فالهبة فى حالة اليتم بالفعل ، وادعى ابن عمر أنه لا تكرار ، لأنه كالعلة لما قبله ، كأنه قال إذ لا يعتصر من يتيم .

قوله : (وأما فى غيرهم) أطلق فى العبارة ، والأحسن عبارة تت ونصه . بعد قول المصنف : واليتيم من قبل الأب : هذا فى الآدمى ، وأما فى الحيوان فمن قبل الأم ومن الطير من قبلهما معا اهـ .

قوله : (وما وهبه لابن الصغير) عبر فى المختصر بمحجوره ، وهى أولى من عبارة المصنف من وجوه : لشموله للسفيه ، وغير الولد ، وعدم شموله لولده الرقيق ، إذ هو محجور السيد لا محجور الأب .

ثم إنه لابد من الإشهاد ، أى : الإشهاد بأنه وهبه ، ولا يتوقف الأمر على الإشهاد بالحيازة ، ولا يعتبر صرف غلة الشيء الموهوب لمن وهبه له ، كما أفتى به الغبريني ، والرصاع ، وابن عرفة ، ووقع لابن رشد نحوه وجرى به العمل ، وأن الحيازة هنا تصح ولو صرف الولى الغلة فى مصالح نفسه بخلاف الوقف .

بقوله : (إِذَا لَمْ يَسْكُنْ) الأب (ذَلِكَ) الشيء الموهوب إذا كان دارا (أَوْ يَلْبَسْهُ إِنْ كَانَ ثَوْباً) فإن فعل شيئا من ذلك ، بطلت الهبة ، لأنه رجوع . والآخر أشار إليه بقوله : (وَإِنَّمَا يَجُوزُ لَهُ مَايُعْرَفُ بِعَيْنِهِ) مثل أن يقول له : وهبتك الدار التي صفتها كذا وكذا ، وأما ما لا يعرف بعينه فلا ، مثل أن يقول له : وهبتك دارا من دوري ، ع : ظاهر كلامه : أنه لا يحوز للصغير إلا والده ، وهو المشهور ، وكذلك الأم تحوز

وهنا شيء آخر وهو أن ما أخذه الولي من الغلة وصرفه فى مصالح نفسه ، هل يرجع به عليه المحجور مطلقا ؟ أو يقال إن أخذه على وجه الاعتصار – وكان أصله مما يعتصر – لم يرجع عليه به ، وإلا رجع عليه به ؟ وقد ذكر شارح الحدود فيما إذا باع الشيء الموهوب : هل يكون اعتصارا أم لا ؟

فقول الشارح : (بشرطين) أى : وبقى ثالث ، وهو : شهادة البينة على الهبة ولو لم تشهد بالحيازة له .

وقوله (الذى وهبه الأب) أى : الرشيد .

قوله : (فحيازته له جائزة) أى : معمول بها ، ولو استمرت عند الأب إلى أن فلس أو مات .

قوله : (إذا لم يسكن الخ) وأما إذا كان الموهوب دار سكناه واستمر ساكنا لجميعها ، أو أكثرها ، أو استمر لابسا لما وهبه حتى حصل المانع بطلت الهبة ، وأما إن سكن الأقل وأكرى الأكثر فلا بطلان ، وإن سكن النصف بطل فقط ، وأما لو وهب دار سكناه لكبار ولده فلا يبطل منها إلا ما سكنه فقط ، ويصح ما حازه الولد يسيرا أو كثيرا . والوقف مثل الهبة .

قوله : (مثل أن يقول له وهبتك دارا من دورى) إنما قال : مثل ، ليدخل فى ذلك ما وهب له دراهم أو دنانير وحازها حتى حصل له مانع من موت ، أو جنون ، أو فلس ، بطلت الهبة ولو طبع عليها بحضرة شهودها ، بخلاف لو طبع عليها ووضعها عند غيره إلى موته أو فلسه فلا تبطل ، وسواء كان المحجور صغيرا أو سفيها ، كان الولى أبا ، أو وصيا ، أو مقدما من قبل القاضى .

قوله : (ظاهر كلامه أنه لا يحوز للصغير إلا والده) وهو المشهور ، ومقابله يحوز له الأخ الكبير إذا وهبه شيئا .

قوله : (وكذا الأم تحوز إن كانت وصية) أى : للأب ، أو وصية وصيه ، وأما إذا لم تكن وصية ، فلا تصح حيازتها ما وهبته لولدها الصغير ولو أشهدت على ذلك ، وهذا كله فى الولد الذكر الحر ، وأما ما وهبه لولده الرقيق فيحوز له سيده ولو كان كبيرا ، وما وهبه لابنته البكر فيحوز لها ولو بلغت حتى يدخل بها زوجها ولو تبين منها الرشد .

إن كانت وصية . ثم صرح بمفهوم الصغير زيادة فى الإيضاح فقال : (وَأَمَّا) الابن (الكَبِيرُ فَلَا تَجُوزُ حِيَازَتُهُ) أى : حيازة الأب (لَهُ) هذا إذا كان رشيدا ، فإن حاز له لم تصح حيازته له ، وأما السفيه فتجوز حيازته له .

وقوله (وَلَا يَرْجِعُ الرَّجُلُ) يريد أو غيره (فى صَدَقَتِهِ) مفهوم مما تقدم ، وكلامه محتمل للكراهة ، والتحريم ، والمشهور : أن النهى عن ذلك للندب (وَلَا تَرْجِعُ) الصدقة (إِلَيْهِ) أى : إلى المتصدق بعد الحوز مطلقا ، أعنى : كانت بشراء أو غيره ، ولا يستثنى من ذلك شىء (إِلَّا) إذا كانت (بِالْمِيرَاثِ) فإنه يجوز له تملكها به إذ لا تسبب منه فى رجوعها ولا تهمة فيه ؛ وظاهر كلامه : أنه لايجوز رجوعها إلا فى هذه المسألة ، وليس كذلك ، وقد تقدم أن العرية رخص فى شرائها للضرورة ، وكذلك الصدقة على الابن ، فإنه يجوز الرجوع فيها للضرورة كما تقدم .

تنبيه : ق : أخذ من كلامه : أن من أخرج لسائل صدقة فوجده قد ذهب ، أنه لايجوز له أكلها ؛ وقال ابن رشد : إن كان السائل غير معين لا يجوز له أكلها ويتصدق بها على غيره ، وإن كان معينا جاز له أكلها .

قوله : (وأما الابن الكبير) أفهم كلامه أنه لو وهب لابنه فى حال صغره شيئا ، واستمر حائزا له حتى بلغ رشيدا ، ولم يحزه قبل موت أبيه أنها تبطل ، وأما لو بلغ سفيها ، فإنه يستمر حائزا له ، واختلف : لو بلغ الصبى وجهل حاله بعد بلوغه واستمر أبوه حائزا حتى مات ، فهل يحمل على السفه فلا تبطل أو على الرشد فتبطل ؟ قولان .

قوله : (ولا يرجع الرجل) قال **تت** : وظاهره عدم الرجوع ولو تداولته الأملاك ، ففى التوضيح : ظاهر المذهب فى الصدقة أنه لا يشتريها ممن حصلت له من المتصدق عليه .

قوله : (فى صدقته) وأما الهبة لوجه المعطى له يجوز تملكها بغير الميراث .

قوله : (أن النهى عن ذلك للندب) أى : لأجله ولو قال للكراهة لكان حسنا .

قوله : (وكذلك الصدقة على الابن) ومثل ذلك من عمر شخصا داره فيجوز له شراؤها ، ومن سبّل ماء على غيره يجوز له الشرب منه .

قوله : (أنه لا يجوز له أكلها) قال فى التحقيق بعد هذا : وقد اختلف فى ذلك ، فقال مالك يتصدق بها على غيره ، ولا أرى ذلك واجبا عليه ، وقد قيل يجوز له أكلها .

(وَلَا بَأْسَ أَنْ يَشْرَبَ) المتصدق (مِنْ لَبَنِ مَا) أى الشيء الذى (تَصَدَّقَ بِهِ) كالبقرة والشاة ، ولا بأس هنا لما غيره خير منه ، وظاهر المدونة : المنع . (و) كذا (لَا يَشْتَرِى) المتصدق (مَا) أى : الشيء الذى (تَصَدَّقَ بِهِ) لا من المتصدق عليه ولا من غيره ، كلامه محتمل للمنع والكراهة وهو المذهب ، فإن وقع مضى ، وعلى الأول قيل يفسخ ، وقيل يمضى مراعاة للخلاف .

ثم انتقل إلى بيان القسم الثانى من أقسام الهبة ، وهو ماقيد بثواب فقال : (وَالمَوْهُوبُ) أى الشيء الذي وهب له (لِـ)ـأجل أخذ (الْعِوَضِ) منه (إِمَّا أَثَابَ) أى : عاوض (الْقِيمَةَ أَوْ رَدَّ الهِبَةَ) ق : تعرض هنا لهبة الثواب ، وهى : أن

قوله : (ولا بأس هنا الخ) أى فالشرب إما مكروه أو خلاف الأَوْلى .

قوله : (وظاهر المدونة المنع) أى : فهى معارضة للمصنف ، وقد يقال لا معارضة كما أفاده عج بأن يقال : كلام المؤلف فى لبن لا سمن له ، وكلامها فى لبن له سمن ، ووفق بتوفيق آخر وهو : أن كلام المصنف محمول على ما إذا رضى المتصدق عليه بذلك وكان ممن يعتبر رضاه .

قوله : (وكذا لا يشترى الخ) محض تكرار مع قوله ولا يرجع الخ .

قوله : (مراعاة للخلاف) أى : مراعاة للقول بالكراهة الذى هو المعتمد .

قوله : (ما قيد بثواب) أى : حقيقة أو حكما ، الأول ظاهر ، كما إذا قال : أعطيتك هذا لتثيبنى عليه ؛ والثانى هو ما أشار إليه بقوله : فيما سيأتى يعرف ذلك بقرائن الأحوال .

قوله : (أى عاوض) أى : دفع القيمة عوضا ، أى : فالموهوب له مخير ولا يلزمه دفع القيمة ، كما أن للواهب الرجوع فى هبته حيث لم تفت الهبة ولم يدفع له الموهوب له القيمة ، وإذا أتى بالقيمة فيلزم الواهب أخذها .

وحاصل ما فى ذلك : أن هبة الثواب إذا لم يقبضها الموهوب له ، فإن للواهب الرجوع فيها ولو دفع له الموهوب مما يعوض عنها قيمتها أو أكثر ، وأنه إذا قبضها الموهوب له ، فإنه يلزم الواهب قبول ما فيه وفاء بها ، ولا يلزم الموهوب له قيمتها بقبضها وإنما يلزم بفوتها عنده بزيادة أو نقص .

وهذا صادق بما إذا لم يذكر شرط الثواب ، وإنما أراده أو ذكره ولم يعينه ، وأما إن ذكره

يعطى الرجل شيئا من ماله لآخر ليثيبه عليه ، وهى : عقد معاوضة بعوض مجهول ، وحكمها الجواز . وأثاب فعل ، والقيمة مفعول ، والفاعل مضمر يعود على الموهوب له . والمعنى : أنه إما عاوض القيمة عن عين الهبة ، أو ردها ؛ يريد إذا كانت الهبة قائمة لم تفت ، يدل عليه قوله : (فَإِنْ فَاتَتْ فَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا وَذَلِكَ) أى : الإثابة بالقيمة أو رد الهبة (إِذَا كَانَ يُرَى) بالبناء للمفعول ، أى : يظن (أَنَّهُ) أى : الواهب (أَرَادَ) بهبته (الثَّوَابَ مِنَ المَوْهُوبِ لَهُ) يعرف ذلك بقرائن الأحوال .

وعينه ورضى الآخر ، فإنها تلزم بذلك من غير نزاع ، وسواء قبضها الموهوب له أم لا .

ولواهب الثواب طلب الثواب ولو معجلا ، ولا يلزمه الصبر إلى أن يتجدد له عرس إلا لعادة ، وللموهوب له أن يحاسب الواهب بما أكل هو ومن معه عند إحضار الهبة .

ولا يلزم الموهوب له دفع أكثر من القيمة ولو جرت بذلك عادة ، كما لا يلزم الواهب قبول أقل من القيمة ؛ وهل يجبر الواهب على أخذ الزائد على قيمة هبته ، حتى لو حلف كل بالطلاق على نقيض ما أراد صاحبه لقضى بتحنيث الواهب ، لأن هبة الناس على ذلك أو لا يجبر على أخذ الزائد ؟ قولان : والأول مقيد بما إذا لم يدخله ربا الفضل وإلا امتنع .

قوله : (وهى أن يعطى الخ) ظاهره : الاكتفاء بالمعاطاة .

وقوله : (وهى عقد) هذا تعريف آخر ، فالمناسب أن يأتى به فى سلك يؤذن بأنه تعريف آخر كأن يقول أو هى الخ .

قوله : (بعوض مجهول الخ) هذا التعريف غير جامع لما إذا وقع عقد الهبة على ثواب معين .

قوله : (وحكمها الجواز) أى : المستوى الطرفين ، قال الباجى : هبة الثواب ليست على وجه القربة ، وإنما هى على وجه المعاوضة اهـ أى : الجواز من كل أحد ما عدا سيدنا محمدا فإنه خص بأن لا يهب للثواب ويجوز له أن يوهب له ليثيب قاله تت .

قوله : (فإن فاتت) أى : لا بحوالة سوق بل بزيد أو نقص .

قوله : (فعليه قيمتها) أى : يوم القبض .

قوله : (أى الإثابة) فالتذكير باعتبار المذكور ، أى : المذكور معنى على حد : ﴿ اعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى ﴾ [المائدة : ٨] .

قوله : (يظن) أى : يظن الناس .

قوله : (يعرف ذلك) أى : يظن ذلك بقرائن الأحوال كالفقير يدفع شيئا لغنى ،

والقسم الثالث من أقسام الهبة ، لم يذكره الشيخ ، وهو مالم يقيد بثواب ولا عدمه ، ونص عليه فى الجلاب بقوله : ومن وهب هبة مطلقا ، وادعى أنه وهبها للثواب ، نظر فى ذلك وحمل على العرف ، وإن كان مثله يطلب الثواب على الهبة ، صدق مع يمينه ، وإن كان مثله لا يطلب الثواب على هبته ، فالقول قول الموهوب له مع يمينه ، وإن أشكل ذلك ، واحتمل الوجهين ، فالقول قول الواهب مع يمينه ، قال فى التوضيح : فألزمه اليمين سواء شهد العرف بطلب الثواب أم لا (و) من كان له

بخلاف هبة الغنى لفقير ، أو عالم ، أو صالح ، فلا يصدق فى قصده الثواب فى واحد منهم ، لأن الناس لا يظنون فى ذلك قصد الثواب .

قوله : (وهو ما لم يقيد بثواب ولا عدمه) فيه أن القسم الذى ذكره المصنف لم يقيد بثواب ولا عدمه لقول المصنف : إذا كان يرى ، ولقول الشارح : ويعرف ذلك بقرائن الأحوال .

قوله : (مطلقا) مفعول مطلق ، صفة لمصدر محذوف تقديره وهبا مطلقا ، أى : لم يقيد بثواب ولا عدمه .

وقوله : (وحمل على العرف) تفسير لقوله : نظر فى ذلك .

قوله : (فإن كان مثله يطلب الثواب) أى : كهبة فقير لغنى وهذا من أفراد قرينة الحال .

قوله : (وإن كان مثله الخ) لا يخفى أن الواهب قد يكون مثله يطلب الثواب من سائر من يهب له ، وقد يكون مثله لا يطلب ثوابا أصلا ، وهذان القسمان معلومان من كلام الشارح قطعا ، وقد يكون مثله يطلب الثواب من أشخاص دون آخرين ، كما إذا وهب كبير لمن هو أكبر منه مالا وجاها فيتردد النظر فى هذا ، لأنه إن روعى حال الواهب بقطع النظر عن الموهوب له لم يكن له شىء لأنه غنى ، وإن روعى حال الموهوب له مع حاله كان مثله يطلب الثواب حينئذ ، ولم يعول الشارح إلا على حال الواهب فقط ، ويمكن دخول تلك تحت قوله : وإن أشكل ذلك ، تأمل ، قرره بعض الشيوخ .

قوله : (فألزمه اليمين) وقيل اليمين عند إشكال الأمر ، وذلك إذا لم يشهد العرف له ولا عليه بناء على أن العرف بمنزلة شاهد فقط ، أو بمنزلة شاهدين .

ولدان فأكثر ومعه مال (يُكْرَهُ) له كراهة تنزيه على المشهور (أَنْ يَهَبَ لِبَعْضِ وَلَدِهِ مَالَهُ كُلَّهُ) أو جله ، مالم يقم عليه أولاده الآخرون ، فيمنعونه من ذلك مخافة أن تعود

تنبيهان : **الأول** : إذا اختلف الواهب مع الموهوب له ، فقال الواهب : إنما وهبت للثواب ، وقال الموهوب له : بغير ثواب . فالقول قول الواهب إن شهد له العرف ، أو لم يشهد له ، ولا عليه ، أما إن شهد للموهوب له ولو حكما لقرينة ، فالقول قول الموهوب له ، انظر تتمته فى شروح خليل .

الثانى : يثاب عن الشىء ما يقضى عنه ببيع وإن معيبا حيث كان فيه وفاء بالقيمة ، فيثاب عن العرض طعام أو دراهم أو عرض ، ويثاب عن الذهب أو الفضة عرض أو طعام أو حيوان ، ولا يجوز أن يثاب عن الذهب فضة ولا عكسه ، لما يلزم من الصرف المؤجل ، ولا عن العين من صفتها لما يلزم من البدل المؤخر ، ولا عن الحيوان من لحم جنسه ولا عكسه ، ويثاب عن الطعام عرض أو دنانير لا طعام ولو من غير نوعه ، لما يدخله من ربا النساء إلا أن يقع قضاء الطعام عن الطعام ناجزا ، فيجوز بشرط المساواة عند اتحاد الجنس ، أو مع الزيادة عند اختلافه .

قوله : (يكره له) أى : للشخص ، أى : سواء كان أبا أو لا ، ولا فرق فى الولد بين أن يكون ذكرا أو أنثى ، صغيرا أو كبيرا عاقا أم لا .

قوله : (كراهة تنزيه) أى : فى حال صحته ، وأما فى حال مرضه المخوف المتصل بموته فهى باطلة ، لأنها وصية لوارث ، ومثل ذلك لو وقعت فى حال صحته ، وتأخر حوزها حتى مرض مرض الموت ، وإنما كره ما ذكر لأنه يؤدى إلى عقوق الباقين وحرمانهم ، ويؤدى إلى تباغضهم والمطلوب الحرص على المواصلة .

قوله : (على المشهور) ومقابله : قولان الحرمة والإباحة .

قوله : (ولده) مفرد مضاف يعم ، فكأنه قال بعض أولاده ولو مريضا .

قوله : (ما لم يقم عليه) فى العبارة حذف ، والتقدير ويمضى ما لم يقم عليه ولده الآخرون فلهم رده هذا معناه ، وقد نسب فى التحقيق هذا للخمى ، وقضية عج اعتماده ، وانظره .

قوله : (ما فى حديث الصحيحين) صحيح البخارى ، وصحيح مسلم . ففيه عن

نفقته عليهم ، والأصل فيما ذكر مافى حديث الصحيحين : (اِتَّقُوا اللّٰهَ وَاعْدِلُوا فى أَوْلَادِكُمْ) [١] (وَأَمَّا) إذا وهب له (الشَّيْءَ) اليسير (مِنْهُ) أى : من ماله (فَذَلِكَ سَائِغٌ) أى : جائز غير مكروه ، وقيدنا باليسير ، لقوله فى الجلاب : ويكره له أن يهب ماله كله إلا أن يكون يسيرا . **قلت** : قال فى النوادر : وقد فعله الصديق - رضى الله عنه - وبه قال عمر ، وعثمان - رضى الله عنهما - وكذا يكره له أن

النعمان بن بشير قال : « تَصدَّقَ عَلَيَّ أبِي بِبَعْضِ مَالِهِ فَقَالَتْ أُمِّي عَمْرَةُ بِنْتُ رَوَاحَةَ : لاَ أَرْضَى حَتَّى تُشْهِدَ رَسُولَ اللّٰهِ ﷺ فَانْطَلَقَ أبِي إلَى النَّبِي ﷺ لِيُشْهِدَهُ عَلَى صَدَقَتِي فَقَالَ لَهُ رَسُولُ اللّٰهِ ﷺ أَفَعَلْتَ هَذَا بِوَلَدِكَ كُلِّهِمْ قَالَ : لاَ ، قال : اتَّقُوا اللّٰهَ وَاعْدِلُوا فِي أَوْلَادِكُمْ » فرجع أبى فرد تلك الصدقة اهـ .

وباب الهبة والصدقة واحد فلا يرد أن الحديث فى الصدقة ، وكلام المصنف فى الهبة ، ولا يتم الاستدلال إلا إذا كان الموهوب الجل ، وإلا فالحديث مطلق ، ولا يخفى أن الحديث ظاهر فى القول بالحرمة ، ويمكن الجواب عن هذا : بأنه ورد فى رواية أخرى ما يدل على عدم الحرمة .

قوله : (اليسير) أى : ما عدا الجل فيصدق بالنصف .

قوله : (أى جائز) ولا يتم إلا بالحيازة قبل حصول المانع للأب كسائر العطايا سوى هبة الثواب .

قوله : (لقوله فى الجلاب) هذا الاستدلال لا يوافق تقييده ، لأن كلام الجلاب فيما إذا كان ماله يسيرا ووهبه فلا كراهة ، وتقييده بأنه وهب له اليسير من ماله لا أن ماله يسير ووهبه ، وفرق بينهما كما قال **عج** .

والحاصل : أن كلام الجلاب فيما إذا كان ماله يسيرا ، ولذلك قال بعض الأشياخ : وقضيته أن يقيد قول المصنف أو لا ، ويكره بما إذا لم يكن يسيرا ، ثم قال : وحرر .

قوله : (وقد فعله الصديق) أى : لبنته عائشة إلا أن هبتها لم تتم لأنه وهبها بعض الثمار ، وتأخرت عن حوزها حتى مرض أبوها مرض الموت فبطلت الهبة لها .

قوله : (وبه قال عمر وعثمان) وسكت عن علىّ وقد يقال إنه مفهوم لقب .

---

(١) وفى أبى داود : ٣/٣٩٧ .

يقسم ماله بين أولاده الذكور والإناث بالسوية ، أما إذا قسمه بينهم على قدر مواريثهم ، فذلك جائز .

(وَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَصَدَّقَ عَلَى الْفُقَرَاءِ بِمَالِهِ كُلِّهِ لِلَّهِ) عز وجل ، وهذا أيضا مقيد بما لم يمنعه ولده من ذلك ، مخافة أن تعود عليه النفقة ، ومقيد أيضا بما لم يمرض ، والمشهور ما ذكر : أن التصدق بجميع المال جائز بشرطه ، لكن الأفضل أن يتصدق بما فضل عن مؤنته .

(وَمَنْ وَهَبَ هِبَةً) لغير الثواب (فَلَمْ يَحُزْهَا المَوْهُوبُ) له (حَتى مَرِضَ الْوَاهِبُ) مرضا مخوفا (أَوْ فُلِّسَ فَلَيْسَ لَهُ) أى : للموهوب له (حِينَئِذٍ) أى :

قوله : (بين أولاده الذكور) وأما إذا كانوا كلهم ذكورا أو إناثا وسوى بينهم فلا كراهة .

قوله : (وهذا أيضا مقيد بما الخ) معناه : أنه ماض ما لم يمنعه ، فإنه يرد ومفاد عج اعتماده ، ويقيد أيضا بألا يجعل ذلك فى يمين ولا نذر ، وأما إذا كان فى يمين أو نذر من غير يمين ، فإنه يجزيه من ذلك الثلث .

قوله : (بما لم يمرض) وأما إذا كان مريضا فتخرج من ثلثه .

قوله : (والمشهور ما ذكر الخ) وقال التادلى : يريد مع كراهة ، إذ لا قائل بجوازه دونها اهـ ولعل الشارح رده بقوله والمشهور الخ ، وحرر .

قوله : (جائز بشرطه) مفرد مضاف فيعم ، فلا يخالف ما تقدم من أنهما شرطان ، ثم نقول أراد بالجواز خلاف الأولى ، أى : ما لم تكن نفسه طيبة بذلك راضية لا تخشى ضجرا وإلا ندب ، وما لم يترتب على ذلك ضياع عياله وإلا حرم ، كما إذا كان يخشى اكتساب مال حرام بتصدقه بكل ماله الحلال ، وأما إذا كان يخشى اكتساب شبهة ففيه قولان : بوجوب الإمساك ، وندبه . وينبغى أن يقصد بصدقته طالب علم ، ومنقطعا لعبادة ، وصديقا فى الله تعالى ، وقد كانت عائشة تقصد بصدقتها أهل العلم ، وكذا ابن المبارك .

قوله : (لغير الثواب) أى : لغير ثواب الدنيا بل لوجه المعطى .

قوله : (فلم يحزها الموهوب له) أى : ولم يجد فى حوزها .

قوله : (حتى مرض الواهب) أى : أو جن واتصل كل بموته ، وأما لو مرض الواهب قبل الحوز ، ثم صح صحة بينة فإنها تحاز وتتم .

قوله : (أو فلس) ولو بإحاطة الدين من غير قيام الغرماء سبق على الهبة أو تأخر عنها .

حين مرض الواهب أو فلس (قَبْضُهَا) أى : الهبة ، ومثلها : الصدقة والحبس ، وقيدنا الهبة بغير الثواب ، لقول الجلاب : ومن وهب هبة للثواب ، فمات قبل دفع الهبة ، فهى صحيحة ، جائزة ، لازمة ، وليست تحتاج هبة الثواب إلى حيازة (وَلَوْ مَاتَ المَوْهُوبُ) أى : الذي وهب له ، وكان حرا قبل قبض الهبة (كَانَ لِوَرَثَتِهِ القِيَامُ فِيهَا) أى : الهبة (عَلَى الوَاهِبِ الصَّحِيحِ) غير المفلس ، قبل مورثهم قبل موته أو لم يقبل ، وقيدنا بالحر احترازا من العبد ، فإن القيام فى ذلك لسيده ؛ وقيد الواهب بالصحيح احترازا عن المريض .

ثم انتقل يتكلم على الحبس – بضم الحاء وسكون الموحدة – وهو بمعنى

قوله : (فليس له حينئذ قبضها) أى : لبطلانها .

قوله : (جائزة) أى : لم يطرأ عليها ما يقتضى عدم جوازها .

وقوله : (لازمة) أى : إذا وقعت هبة الثواب فى مقابلة شىء معين حاضر أو غائب وحصل الرضا .

قوله : (ولو مات الموهوب) أى : الذى لم يقصد عينه ، احترازا مما لو قال : هذه هبة لفلان بعينه فإنها تبطل بموت الموهوب له ، فإن حصل تنازع فى قصد عينه . وعدم قصدها ، فإن قامت قرينة لأحدهما عمل عليها ، وإلا فانظر : أيهما يقبل ؟ أو الظاهر لى : أن القول قول الواهب ، لأن هذا أمر لا يعلم إلا من قبله ، ومثل الموهوب له المتصدق عليه .

قوله : (غير المفلس) أى : غير من أحاط الدين بماله ، وأما لو أحاط الدين بماله قبل قبضها فليس لورثة الموهوب قيام .

وقوله : (احترازا عن المريض) أى : احترازا عما لو مرض أو جن قبل قبضها فليس لورثة الموهوب له قيام ، أفاده فى التحقيق .

تنبيه : هذا فى صدقة التطوع أو الهبة ، وأما إن تصدق عليه بالواجب ، قال ابن عمر : فلم أجد فى ذلك جوابا ، هل يقومون مقامه أم لا ؟ اهـ .

قوله : (بضم الحاء وسكون الموحدة) قال فى المصباح : وحبسته بمعنى وقفته فهو حبيس ، والجمع حبس ، مثل : بريد وبرد ، وإسكان الثانى للتخفيف لغة اهـ إذا تقرر ذلك تعلم أن الشارح اقتصر على لغة التخفيف ، وأنه أتى بالجمع لا بالمفرد مع أنه فى بيان المعنى المصدرى حيث قال وهو بمعنى الوقف .

قوله : (وهو بمعنى الوقف) مصدر وقف المجرد على اللغة الفصحى ، والرديئة أوقف ،

الوقف ، وهو : إعطاء المنافع على سبيل التأبيد . **وحكمه** : الجواز عند الأئمة الأربعة على ما نقل ك . ثم اختلفوا : هل يلزم من غير أن يتصل به حكم حاكم أو يخرج مخرج الوصايا ؟ فقال مالك ، والشافعي ، وأحمد : يصح بغير هذين الوصفين ويلزم . وقال أبو حنيفة : لا يصح إلا بأحدهما انتهى . ونقل بهرام عن أبى حنيفة وأصحابه : منع الوقف ، وعن الجمهور : الجواز . قال : وهو الصحيح ؛ والذى رأيناه فى كتب الحنفية الجواز .

والأصل فى جوازه : أن رسول الله ﷺ حبس ، وعمر بن الخطاب ، وعثمان

وسمى بهذين الاسمين لأن العين موقوفة ومحبوسة .

قوله : (إعطاء المنافع) أى : الجنس المتحقق فى واحدة ، هذا إذا لاحظت الجمع باعتبار الذوات الموقوفة وإلا فأنت فى غنية عن ذلك .

قوله : (على سبيل التأبيد) أى : سبيل هو التأبيد ، وفيه نظر إذ التأبيد ليس بشرط فيجوز ، أن يقيد بمدة ثم يرجع ملكا .

قوله : (وحكمه الجواز) فيه نظر : بل حكمه الندب ، لأنه من أحسن ما يتقرب به إلى الله ، وهو مما اختص به المسلمون ، لقول الشافعى – رضى الله عنه – لم تحبس الجاهلية فيما علمت .

قوله : (لا يصح إلا بأحدهما) بين ذلك فى التحقيق بقوله : وذهب أبو حنيفة وأصحابه إلى منعه ، وأنه غير صحيح غير لازم فى حال الحياة ، وهو ملك يورث عنه ، إلا أن يحكم حاكم بصحته ، أو يعلقه على موته مثل أن يقول : إن مت فداري وقف على كذا .

وبعد ففى كلام الشارح نظر ، لأن كلامه أولا يفيد الاتفاق على الجواز ، وأن الخلاف إنما هو فى اللزوم ، وقوله : وقال أبو حنيفة الخ ، يفيد أن الخلاف فى الصحة لا فى اللزوم .

قوله : (ونقل بهرام) هذا مفاد قوله على ما نقل ك .

قوله : (والذى رأيناه الخ) أى : خلاف ما نقله بهرام عنهم .

قوله : (أن رسول الله ﷺ حبس) أى : تسع حوائط .

قوله : (وعمر) لم يذكر أبا بكر ، وفى تت التصريح بأنه حبس ، وعمر وما عطف عليه مبتدأ ، والخبر محذوف ، والتقدير حبسوا دورا وحوائط ، وهل المراد : أن كل واحد حبس دورا أو حوائط ، أو المراد : أن تحبيسهم تعلق بجنس هذين الأمرين ؟

وعلى ، وطلحة ، والزبير – رضي الله عنهم – وغيرهم من الصحابة [(١)] : دورا وحوائط .

وله أركان أربعة : الواقف ، وما به يكون الوقف ، وإليهما يشير قول الشيخ : (وَمَنْ حَبَّسَ) وشرط الأول : أهلية التصرف فى المال ، والثاني شيئان : الصيغة ، وهي : وقفت ، وتصدقت ، وحبست ، أو ما يقوم مقام الصيغة عرفا فى الدلالة على الوقفية ، كالإذن فى الصلاة فى المكان الذي بناه للصلاة .

قوله : (وما به يكون الوقف) اعلم : أن الذى يكون به الوقف الصيغة .

وقوله : (وإليهما يشير الخ) الإشارة فى قوله : ومن حبس ، للصيغة من حيث أن التحبيس فعل متجدد لابد من حصول شيء يدل عليه وليس إلا الصيغة .

قوله : (أهلية التصرف فى المال) أى : أن يكون من أهل التبرع ، فالذى قيل فى الهبة يقال هنا ، فإن البابين واحد بل سائر أنواع التبرعات ، كذلك قال الشيخ سالم السنهورى .

ووقف ملك الغير ، وهبته ، وصدقته ، وعتقه ، باطل ولو أجازه المالك . وقال بعضهم : أما لو وقع بمال الغير لا ينبغى أن يكون موقوفا كالبيع إذ لا يظهر فرق ، كما ذكره الخرشى .

قوله : (والثانى) أى : ما به يكون الوقف شيئان .

قوله : (الصيغة) هى الأول من الشيئين ، وهى : ما دل على إعطاء المنفعة ولو مدة من الزمان لأنه لا يشترط فيه التأبيد بل ولا التنجيز .

وقوله : (وهى وقفت) أى : أن صِيَغه ثلاثة ألفاظ : أما حبست ووقفت فمطلقا ، وأما تصدقت فلابد أن يقارنه قيد ، كأن يقول : لا يباع ولا يوهب ، سواء كانت الصدقة على معين كزيد أو على جهة لا تنقطع كالفقراء ، وأما لو قيد بغير ذلك كالسكنى أو الاستغلال ، ففيه تفصيل : فعلى الجهة التى لا تنقطع كالتقييد بلا يباع ولا يوهب ، كقوله : دارى – مثلا – صدقة على الفقراء – مثلا – يستغلونها أو يسكنونها . وأما على المعين كقوله : دارى صدقة على زيد يسكنها أو يستغلها ، ففيه نظر والأظهر : أنه كالتقييد بلا يباع ولا يوهب أيضا بالمعنى من عج .

قوله : (أو ما يقوم مقام الصيغة) هو الشيء الثانى .

قوله : (عرفا) الأوْلى تأخيره بعد قوله فى الدلالة ، أى : فى الدلالة على الوقفية فى العرف .

قوله : (كالإذن فى الصلاة) ومثل ذلك ما لو بنى مسجدا وخلى بينه وبين الناس ،

---

(١) البخارى فى مواضع – ١٩٨/١ ، ٣٨٩ و ٤٠٢ الطبعة الهندية . مسلم باب الوقف : ٤١/٢ وغيرها طبع =

والثالث : الموقوف ، وهو : العقار ، وإليه أشار بقوله : (دَارًا) وكذا يجوز وقف الحيوان والعروض ، وفي وقف الطعام الذى تطول إقامته ، كالقمح ، ووقف الدنانير والدراهم . تردد .

رابعها : الموقوف عليه ، ويؤخذ من قوله (فَهِىَ) أي : الدار (عَلَى

ولم يخص قوما دون قوم ولا فرضا دون نفل .

قوله : (والثالث الموقوف وهو العقار) شرطه : أن يكون مملوكا للواقف ذاته ، أو منفعته ، ولم يتعلق به حق لغيره ، وإن لم يجز بيعه كجلد الأضحية ، وكلب الصيد ونحوه ، ووقف الآبق صحيح ، ويصح وقف المشاع إن كان مما يقبل القسم ، ويجبر الواقف عليه إن أراد الشريك واستشكل : بأن القسمة بيع ، وبيع الوقف لا يجوز ؟ وأجيب : بأن الواقف لما علم أن لشريكه البيع ، فكأنه اشترطه لنفسه . وإن كان مما لا يقبل القسم ، فهل يصح أم لا ؟ قولان مرجحان ، وعلى القول بالصحة : يجبر الواقف على البيع إن أراده الشريك ويجعل الثمن فى مثله ، وهل يجبر أم لا ؟ قولان مرجحان .

قوله : (وقف الحيوان) أى : ولو رقيقا .

قوله : (وفى وقف الطعام الذى تطول إقامته) احترازا عن طعام لا تطول إقامته بأن يفسد بتأخيره فلا يجوز اتفاقا أى : وقف الطعام والنقد على من يستلفهما ويرد مثلهما .

والحاصل : أن أحد الترددين يقول بالجواز ، لأنه تطول إقامته ونزل بدل ما انتفع به بمنزلة دوام العين . والثانى : يقول بعدم جواز ذلك ، لأن منفعته فى استهلاكه والوقف إنما ينتفع به مع بقاء عينه . وعدم الجواز يحتمل المنع والكراهة هكذا تردد **عج** . والمذهب جواز وقف ما ذكر من الطعام والدنانير والدراهم .

قوله : (الموقوف عليه) وشرطه : أن يكون محتاجا إلى منفعة الموقوف ولو للصرف فى مصالحه أى : ويشترط فى الموقوف عليه أن يكون أهلا للتملك حكما كالمسجد ، أو حسا كالآدمى .

ولا فرق بين المولود بالفعل ومن سيولد ، وتوقف الغلة إلى أن يوجد ما لم ييأس منه فلا يوقف ، ويرد الوقف والغلة لمالكها .

= المسند أبو داود : ١٥٩/٣ ، ابن ماجه : ٨٠١/٢ .

مَا جَعَلَهَا عَلَيْهِ) ولا يشترط فى صحة الموقوف عليه قبوله إذا كان غير معين كالفقراء ، ويشترط إذا كان معينا ، وكان مع ذلك أهلا للقبول والرد ، أما إذا لم يكن أهلا لذلك كالصغير والسفيه ، فهو كغير المعين . ابن عبد السلام : وفيه نظر ،

هذا كله ما لم يحصل مانع قبل الولادة ، وأما إن حصل مانع كموته فيبطل ، كما قال عج .

وكذا لا فرق بين المسلم والكافر فيصح الوقف على الذمى – قريبا كان أو أجنبيا – لأن الوقف عليه صدقة ، والصدقة عليه أجر ، والمراد بالذمى ما عدا الحربى فيدخل فيه من له كتاب أم لا .

قوله : (على ما جعلها عليه) يفهم منه : أنه عين الجهة الموقوف عليها ، وأما لو وقف داره ولم يعين الشىء الموقوف عليه ، فإنه يصرف فى غالب مصرف تلك البلد ، فإن لم يكن لتلك البلد غالب ، فإن غلتها تصرف للفقراء أو غير ذلك من وجوه البر .

ويفهم منه وجوب اتباع شرط الواقف – وهو كذلك – إن أجاز أو كره ، كاشتراط وقفه على قراءة سبع جماعةً ، أو على ضحية فى كل سنة عن الواقف بعد موته .

ومحل وجوب الاتباع عند الإمكان ، وإلا جازت مخالفته كاشتراط قراءة درس علم فى محل خرب بحيث لا يمكن القراءة فيه ، أو يتعذر حضوره – مثلا – فيجوز نقله فى محل آخر وفعله كشرطه فى وجوب الاتباع ، كأن يقرر مالكيا يقرأ فى مسجد ، ثم يموت ، فلا يجوز للناظر بعده إن مات المالكى أن يقرر غيره من حنفى أو شافعى .

قوله : (كالفقراء) أى : أو كان على كمسجد لتعذر القبول منه .

قوله : (ويشترط) أىْ القبول .

قوله : (وكان مع ذلك) أى : مع كونه معينا .

وقوله : (أهلا للقبول والرد) أى : بأن يكون رشيدا فإن رد ما وقف عليه فى حياة الواقف أو بعد موته ، فإن الوقف يرجع حبسا للفقراء والمساكين على ما قال الطخيخى ، واعتمد عج : أنه يجعل حبسا على غيره باجتهاد الحاكم . وهذا إذا جعله حبسا سواء قبله من عين له أم لا ، وأما إن قصده بخصوصه فإنه إذا رد عاد ملكا للمحبس ، ولو أخبر المعين الأهل بأنه وقف عليه . كذا من قبل فلان فسكت ، فهل يعد السكوت منه قبولا أم لا ؟ قاله الخرشى .

قوله : (فهو كغير المعين) أى : فلا يشترط فى صحته القبول .

قوله : (ابن عبد السلام وفيه نظر) قال عج : إن كلام الشارح هذا يفيد أن المنقول أن المعين الغير الأهل لا يشترط قبوله أصلا ولا يقام من يقبل عنه ، وهو ظاهر كلام المختصر ، وأن كلام ابن عبد السلام بحث له وأنه لابد من ذلك فى الهبة اهـ .

وينبغى أن يقام من يقبل له ، كما لو وهب له أو تصدق عليه .

وشرطه ، أى : الوقف ، الحوز . وإليه أشار بقوله : (إِنْ حِيزَتْ قَبْلَ مَوْتِهِ) هذا إذا كان الوقف على معين ، فإن لم تحز حتى مات الواقف ، أو فلس ، بطل الوقف إذا كان على غير محجوره ، أما إذا كان على غير معين كالمسجد ، فلا يحتاج إلى حيازة معين بل إذا خلى بين الناس وبين الصلاة فيها صح الوقف . وقيدنا بإذا كان على غير محجوره ، لقوله : (وَلَوْ كَانَتْ) الدار (حُبُسًا عَلَى وَلَدِه الصَّغِيرِ) الحر (جازَتْ حِيَازَتُهُ لَهُ إِلَى أَنْ يَبْلُغَ) إذا أنس منه الرشد (وَلْيُكْرِهَا لَهُ)

قوله : (وينبغى أن يقام) أى : فيقيم السلطان من يقبله له ، هذا إذا لم يكن له ولى وإلا فوليه يقبل .

قوله : (إن حيزت قبل موته) لو قال قبل كموته ، لشمل بقية الموانع من فلس ، أو جنون ، ولابد من الإشهاد على الحوز ، ويكفى الشاهد واليمين فى ذلك على المشهور ، خلافا لمن قال لابد من شاهدين ، وصفة الشهادة أن يقول العدل : عاينته تحت يد الموقوف عليه قبل حصول المانع للواقف ، ولا يكفى إقرار الواقف بالحوز قبل حصول المانع .

قوله : (هذا إذا كان الوقف على معين) كان أجنبيا أو ولدا كبيرا للواقف ، وحقيقة الحيازة : رفع يد الواقف عن الوقف وتمكين الموقوف عليه من التصرف فى الذات الموقوفة ، أو التخلية بين الشىء الموقوف وبين الناس فى نحو المسجد والطاحون .

قوله : (فإن لم تحز حتى مات الواقف الخ) المراد بالفلس هنا : إحاطة الدين ، ومثل الموت والتفليس ، مرضه المتصل بموته .

قوله : (أما إذا كان الخ) قضيته : أن كلام المصنف فى الوقف على معين مع أن المصنف عام فلو جعل المصنف عاما ، وقال : إن الحوز فى كل شىء بحسبه ، ففى الوقف على معين كذا وفى المسجد كذا لكان أولى .

قوله : (كالمسجد) ومثله الوقف على الفقراء قاله عج .

قوله : (بل إذا خلى الخ) – بتشديد اللام – أى ترك ما بين الناس والصلاة فيها .

قوله : (على ولده الصغير) بل غير ولده ممن هو فى حجره كذلك .

قوله : (جازت حيازته له) حاصل فقه هذه المسألة : أنه إذا وقف على ولده الصغير ،

من غيرِه (وَلَا يَسْكُنُهَا فَإِنْ لَمْ يَدَعْ سُكْنَاهَا حَتَّى مَاتَ) أو مرض أو فلس (بَطَلَتْ) صوابه : بطل ، أي : الحبس ، وعلى إثبات التاء يحتمل الحيازة . وقيدنا الصغير بالحر ، احترازا مما إذا كان عبدا ، فإن سيده هو الذي يحوز له . (فَإِنْ

أى : أو السفيه ، فإنه لا يشترط فى حوز الوقف الحوز الحسى بل يكفى فيه الحوز الحكمى ، أى : من الأب ، ومثل الأب : الوصى ، والمقام من قبل القاضى ، فيصح الوقف ولو كان تحت يد الحائز إلى مانع من الموانع ، لكن ذلك بشروط ثلاثة :

الأول : أن يشهد الواقف على الحبس قبل حصول المانع ، أى : يشهد على التحبيس لا على الإقرار .

الشرط الثانى : أن يصرف الواقف الغلة فى مصارف المحجور عليه ، فلو صرفها فى مصالح نفسه بطل الوقف ، أى : ثبت أنه صرف الغلة أو احتمل صرفها ، أى : كلها أو جلها – قياسا على الهبة – فى دار السكنى .

الشرط الثالث : أن يكريها ولا يسكنها ، وإلى ذلك أشار بقوله : وليكرها ولا يسكنها .

قوله : (إذا أنس منه الرشد) أى : علم منه الرشد ، أى : فغاية الحيازة البلوغ بشرط أن يعلم منه الرشد . هذا إذا كان الولد ذكرا ، وأما لو كان أنثى فإلى الدخول بها بعد البلوغ ، ويؤنس منها الرشد ، كما قال ابن عمر . وأما إذا لم يعلم منه الرشد فيستمر الولى حائزا له .

وبعد هذا كله ، فقضيته عدم صحة الحوز من السفيه ، والصغير أولى ، والراجح أن حوز الصغير المميز – وأولى السفيه – كاف مطلقا فيما وقفه وليه عليه ؛ قال بعض الشراح : وانظر إذا لم يكن مميزا وحاز .

قوله : (من غيره) وأما لو أكراها من نفسه فهو باطل – كما فى التحقيق – فإن عطلها ولم يكرها ، ولا سكنها ، ففى الصحة والبطلان قولان ، رجح ابن عمر الأول قائلا : فالإكراء ليس بشرط وإنما الشرط أن لا يسكنها .

قوله : (فإن لم يدع سكناها الخ) ظاهره : أنها إذا كانت دار سكناه يبطل الوقف مطلقا – وليس كذلك – بل يجرى على الهبة بين أن يسكن الكل أو الجل إلى غير ذلك كما تقدم .

قوله : (أو مرض) أى : مرض الموت .

وقوله : (يحتمل الحيازة الخ) ويحتمل الدار ، أى : يحبيسها .

قوله : (وقيدنا الصغير بالحر) فهم منه أنه لا يجوز لولده الكبير الرشيد ، وهو كذلك ، وفهم منه أن حيازة الأم ما حبسته على ولدها غير معتبرة – وهو كذلك – إلا أن تكون وصية .

انْقَرَضَ مَنْ حُبِّسَتْ) الدار (عَلَيْهِ رَجَعَتْ حُبُسًا عَلَى أَقْرَبِ النَّاسِ بالمُحَبِّسِ)
سواء كان المحبس حيا أو ميتا ، مثل : أن يكون للمحبس أخ شقيق وأخ لأب ،
فيموت الشقيق ويترك ابنا ، ثم ينقرض من حبس عليه ، فإنه يرجع للأخ للأب دون
ابن الأخ الشقيق ، والعبرة فى رجوع الحبس على الأقرب إنما هو (يَوْمَ المَرْجِعِ)
لايوم الحبس ، لأنه قد يصير البعيد يوم التحبيس قريبا يوم المرجع ، كالمثال المذكور .

(وَمَنْ أَعْمَرَ رَجُلًا) مثلا (حَيَاتَهُ) أى : حياة الرجل (دَارًا رَجَعَتْ بَعْدَ
مَوْتِ السَّاكِنِ) وهو الرجل (مِلْكاً لِرَبِّهَا) أو لوارثه إن مات (وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْمَرَهَا
عَقِبَهُ) أي : عقب الرجل (فانقَرَضُوا) فحقيقة العمرى العرفية : هبة منافع الملك
مدة عمر الموهوب له أو مدة عمره وعمر عقبه ، لا هبة الرقبة . ولا يتعين التقييد

قوله : (فإن انقرض من حبست عليه) أفهم أن المحبس عليه جهة معينة كزيد وذريته ،
وأما نحو الفقراء فلا يتأتى انقطاعهم .

قوله : (رجعت حبسا) ويستوى فيه الذكر والأنثى ، ولو كان الواقف شرط فى أصل
وقفه للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولو لم يكن له يوم المرجع إلا ابنة واحدة ، لكان لها جميعه وإن
لم يوجد له قريب يوم المرجع ، فإنه يصرف للفقراء ، ولا يدخل المحبس فى الوقف إذا كان حيا
ولو صار فقيرا .

قوله : (وكذلك إن أعمرها الخ) أى : بأن قال : أعمرت أولاده فقط ، وكذلك إذا
أعمره وعقبه – كما سينص عليه الشارح – .

وقوله : (فحقيقة العمرى) مأخوذة من العمر لوقوعه ظرفا لها .

وقوله : (العرفية) منسوبة للعرف ، أى : عرف أهل الشرع . وقضيته : أن لها معنى
آخر لغويا – وليس كذلك – إذ مفاد المصباح أن معناها الشرعى هو المعنى اللغوى فتدبر .

قوله : (هبة منافع الخ) هذا التعريف نقله بهرام عن الباجى ، واقتصر ابن عرفة على
الظرف الأول فقط ، فقد قال : تمليك منفعة حياة المعطى .

قوله : (هبة منافع) أى : بدون عوض وإلا فإجارة فاسدة .

قوله : (مدة عمر الموهوب له) أخرج الحبس والعارية .

قوله : (أو مدة عمره وعمر عقبه) ولا يخفى أن مفاده : أن هذا معنى قول المصنف ،

بعمر الموهوب له بل لو قيد بعمر المُعمِر كانت عمرى أيضا ، ولا يقتصر على لفظ أعمرتك بل لو قال : وهبت لك غلتها مدة عمري كانت عمرى .

تنبيه : حكم العمرى الجواز ، وكان القياس ألا تجوز ، لكن ورد بها النص ، فهى كالمستثناة ، واختلف : هل هى عامة فى كل شىء ، أو خاصة بما يطول كالدور والأرضين ؟ (بخلاَفِ الْحُبُس) فإنه لا يرجع بعد موت المحبس عليه ملكا لربه بل حبسا – كما تقدم – على أقرب الناس بالمحبس ، لأن الحبس تمليك الرقاب ، والعمرى تمليك المنافع .

وكذلك إن أعمرها عقبه – وليس كذلك – بل مفاده : أنه ما أعمرها إلا للعقب فقط ، وأما هذه الصورة فلم يتكلم عليها المصنف كابن عرفة ، فتدبر .

قوله : (كانت عمرى أيضا) إلا أنها عمرى مجازا ، وعارية حقيقة ، وكلام الشارح يقتضى أنها عمرى حقيقة .

قوله : (بل لو قال الخ) أى : أو سكنتك ، فلذلك قال البساطى : وأفاد ، أى : صاحب المختصر بقوله : كأعمرتك ، أنه لا يقتصر على لفظ أعمرتك ، فلو قال له : وهبت لك غلتها مدة عمرى كانت عمرى ، وكذلك ما أشبهه ، قال : فإن قلت ظاهر كلامهم أنه لابد من التقييد بالعمر ، فهل ذلك مقصود أو اتفاق ؟ **قلت** : هو مقصود حتى لو قال وهبتك منافع الدار ولم يقيد خرجت إلى باب آخر .

قوله : (حكم العمرى الجواز) بل الندب كالصدقة والهبة ، وهى فى الأركان كالهبة .

قوله : (وكان القياس ألا تجوز) أى : للجهالة ، إذ لا يدرى هل يعيش المعمر – بالفتح – عاما أو عامين أو أكثر أو يوما أو يومين ؟ – مثلا – فتأمل .

قوله : (فهى كالمستثناة) أى : لم تكن مستثناة بالفعل ، أى : لم يصرحوا بقولهم هى مستثناة ، وقد علمت أن حكمها الندب ، وقد تعرض كراهتها ، كما إذا أعمرها لمن يخشى منه فعل معصية فيها ، وقد يعرض تحريمها كما إذا تحقق فعل المعصية فيها ، قال ابن عرفة : ويتعذر عروض وجوبها . وبحث فيه بأنه يمكن كقول شخص لمالك دار : إن لم تعمرها فلانا قتلتك ، وفيه بحث : لأن المكره ليس بمكلف فلا يتصف فعله بالوجوب .

قوله : (واختلف هل هى عامة فى كل شىء) كلام بعضهم يقتضى أن هذا هو الراجح ، وكذلك لم يقيد ابن عرفة ولا خليل .

(فَإِنْ مَاتَ الْمُعْمِرُ) بكسر الميم (يَوْمَئِذٍ كانَتْ) ما أعمره وهي الدار (لِوَرَثَتِهِ يَوْمَ مَوتِه مِلْكاً) ع : يحتمل قوله : يومئذ أن يعود على يوم التعمير ، ويكون على هذا إنما ملكوا الرقاب دون المنافع ، ويحتمل أن يعود على موت المعمر ، فعلى هذا يملكون الرقاب والمنافع (وَمَنْ مَاتَ مِنْ أَهْلِ الْحُبُسِ) المعينين (فَنَصِيبُهُ)

قوله : (يوم موته) متعلق بقوله : ورثته ، أى : لورثته يوم الموت لا يوم المرجع ، فإذا مات عن ابن رقيق أو كافر ، وأخ ، أو عم حر مسلم ، ولم يمت المعمر – بفتح الميم – حتى عتق ، أو أسلم الابن ، فإنها تكون للأخ لا للابن ، لأنه لم يكن وارثا حين موته .

وقوله : (ملكا) منصوب على الحال ، من الضمير المستتر العائد على الدار لتأوله بالمملوكة ، أو على المفعول المطلق على حذف مضاف ، أى : رجعت رجوع ملك .

تتمة : حوز العمرى كالحوز فى الهبة من كل وجه .

قوله : (المعينين) حاصل ما يتعلق بالمقام : أنه إذا قال – مثلا – هذا وقف على أولاد فلان وأولاد أولاده ولم يرتب ، فإنه يقسم على الجميع عند وجودهم ، ولا يمنع ولد الولد بوجود أصله ، لأنه لم يرتب ، ولذا ينتقض القسم بحدوث ولد لأولاد الأولاد أو لآبائهم ، كما ينتقض بموت واحد من الفريقين وهو ما أشار له المصنف .

والحاصل : أن الفرع يدخل فى الوقف مع وجود أصله ولو صغيرا فى غير دور السكنى ؛ وأما لو كان الموقوف بيوت سكنى ، فلا يستحق الذكر مع أبيه إلا إذا تزوج ، وأما الأنثى فلا تعطى لأنها فى كفالة أبيها ، وأما إذا قال على أولاد فلان ، ثم على أولاد أولاده وهكذا ، فإن مات ينتقل نصيبه لولده ، ولا ينتقل لأخيه إلا إذا لم يكن له ولد ولا ولد ولد ، ولو قال الطبقة العليا تحجب السفلى ، لأن مراد الواقف – بقوله ذلك – أن كل أصل يحجب فرع نفسه لا فرع غيره ، وإذا قسم على الموقوف عليهم المعينين فيعطى الفقير كالغنى ، والصغير كالكبير ، والأنثى كالذكر ، إلا لشرط خلافه ، فيعمل بالشرط إلا فى مراجع الأحباس فلا يعمل بالشرط ، ويستوى فيه الذكر والأنثى ، ولا يزاد الفقير على الغنى لأن الإيثار إنما فى الوقف على من لا يحاط بهم كالفقراء .

تنبيه : احترز الشارح بقوله : المعينين ، عن غيرهم كبنى زهرة ، أو الفقراء ، فلا يستحق إلا من كان موجودا حين القسمة لا من مات أو غاب قبلها .

يقسم (عَلَى) رؤوس (مَنْ بَقِيَ) من أصحابه الذكور والإناث فيه سواء ، والمسألة فيها تفصيل مذكور فى الأصل .

(وَيُؤْثَرُ فِي الْحُبُسِ أَهْلُ الحَاجَةِ بالسُّكْنَى وَالغَلَّةِ) ماذكره هو المشهور ، وعن ابن الماجشون : لا يفضل ذو الحاجة على الغني فى الحبس إلا بشرط من المُحبِّسْ . وفرق ابن نافع : فسوى بين الغني والفقير فى السكنى بخلاف الغلة .

(وَمَنْ سَكَنَ) من المحبَّس عليهم (فَلَا يَخْرُجُ لِغَيْرِهِ) ج : زاد فى المدونة : ولو لم يجد مسكنا ولا كراء له ، وظاهر كلامه : ولو استغنى بعد أن سكن لأجل فقره — وهو كذلك —

قوله : (يقسم الخ) قدره دفعا لما يقال : الأولى للمصنف أن يقول : فنصيبه لمن بقى .

قوله : (مذكور فى الأصل) لم يكن بيدى الكبير ، وذكر فى التحقيق عن ابن ناجى : أنه إذا مات أحد من أهل الحبس فلا يخلو من ثلاثة أوجه : تارة يكون بعد الطيب فهذا حظه لورثته اتفاقا ، وتارة يكون قبل الإبار فلا شيء لورثته اتفاقا ، وتارة يكون بعد الإبار وقبل الطيب ، فقيل : لمن بقى من أهل الحبس على ما رجع إليه مالك ، انظر تمام الأقوال فى ابن ناجى .

وقوله : (فلا شيء لورثته اتفاقا) أى : ويكون لمن بقى من أهل الحبس .

قوله : (ويؤثر) أى : يجب على متولى الوقف على غير معين — كالفقراء — أن يؤثر فى قسم الحبس أهل الحاجة والعيال على غيرهم بالسكنى والغلة باجتهاد ، لأن قصد الواقف الإرفاق ، فإن استووا فقرا أو غنى ، فإنه يؤثر الأقرب على غيره ؛ وأما لو كان الوقف على معينين ، فإنه يسوى بين الجميع ولا يفضل فقير على غنى ، ولا أنثى على ذكر ، ويعطى الحاضر والغائب ، بخلافه على نحو الفقراء فلا يعطى إلا الحاضر وقت القسمة ، وهل معنى الإيثار التفضيل والزيادة على غيره ، أو معناه التقديم على غيره فسِّر بكلٍّ ، وجعل عج الثانى أحسن ؛ وعليه — كما ذكره بعض — يعطى المحتاج ولو لم يفضل لغيره شيء .

قوله : (وهو كذلك) أى : إلا لشرط كما يشير إلى ذلك بقوله : إلا أن يكون الخ ، فحاصله : أن من سكن بوصف الأحوجية ، ثم استغنى فلا يخرج لغيره ولو محتاجا ، لأن العبرة بالاحتياج فى الابتداء لا فى الدوام ، ولأنها لا تؤمن من عودته ، فإن سبق غير الأحوج وسكن ، أخرج ، فإن تساووا فى الحاجة ، فمن سبق بالسكن فهو أحق .

ولو سكن ثم خرج ، فإن كان خروج انقطاع سقط حقه ، وكان من سكن أولى ؛ – وإلا فلا – وانظر قوله : (إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِي أَصْلِ الْحُبُسِ شَرْطٌ فَيُمْضَى) أى : فينفذ ، هل يعود على قوله : ويؤثر فى الحبس الخ ، أو يعود على قوله : ومن سكن الخ ؟ وهو الظاهر ، والشرط أن يقول : من قدم فإنه يخرج له ، أو يقول : إنما يسكن الساكن شهرا ، ويخرج فيمضي كل ما اشترط فى أصل الحبس .

(وَلَا يُبَاعُ الْحُبُسُ وَإِنْ خَرِبَ) ظاهره : سواء كان فى بقائه ضرر أم لا ، واستثنى فى المختصر من ذلك مااحتيج إليه لتوسعة مسجد (وَيُبَاعُ الْفَرَسُ الْحُبُسُ

قوله : (خروج انقطاع الخ) ومثل الانقطاع السفر البعيد ، وهو الذى يظن منه عدم الرجوع .

قوله : (وإلا فلا) أى : بأن سافر قريبا ليرجع ، فإنه يبقى على حقه إلى أن يعود ، فله أن يكرى مسكنه إلى أن يعود ، ومجهول الحال يحمل على العود حتى يحصل الإياس من عوده ، وهذا كله فى الوقف على قوم محصورين كفقراء المغاربة – مثلا – أو على ذرية فلان الفقراء ؛ وأما الوقف على قوم موصوفين بوصف كالوقف على الفقراء ، أو على طلبة العلم ، ثم سكن واحد لوصفه وزال وصفه ، فإنه يخرج لغيره ممن هو متصف بذلك .

قوله : (وهو الظاهر) أى : لقربه وإن كان الظاهر لا من تلك الجهة رجوعه لهما معا .

قوله : (فى أصل الحبس) الإضافة للبيان .

قوله : (وإن خرب) بحيث صار لا ينتفع به ولو لم يرج عوده ، وكذا لا يجوز بيع أنقاضه ، وهذا مقيد بما إذا لم يكن الواقف شرط للموقوف عليه بيعه ، فيجوز له بيعه عملا بالشرط .

قوله : (ظاهره الخ) وهو قول مالك ، ومقابله : إن كان فى بقائه ضرر ولا يرجى عود منفعته جاز اتفاقا ، وأما إذا لم يكن فى بقائه ضرر ويرجى عود منفعته لم يجز اتفاقا ، وإن خرب ولم يرج عود منفعته منعه مالك ، وأجازه ابن القاسم .

قوله : (لتوسعة مسجد) أى : مسجد الجمعة لا غيره ، فلا يباع لغيره من الميضأة ، ومثل توسعة المسجد توسعة طريق المسلمين ومقبرتهم ، لأن نفع المسجد والمقبرة والطريق أكثر من نفع الوقف ، فهو قريب لغرض الواقف ، ويستبدل بالثمن خلافه ، فإن امتنع فلا يقضى عليه بذلك على المعتمد .

يَكْلَبُ) – بفتح الياء واللام – والكلب شيء يعترى الخيل كالجنون (وَ) إذا بيع فإنه (يُجْعَلُ ثَمَنُهُ فى) شراء فرس (آخَرَ) مثله ، إذا لحق ثمنه ذلك (أَوْ يُعَانُ بِهِ فِيهِ) بأن يجعل ثمنه مع شيء آخر إذا لم يلحق ثمنه ذلك ، فيشترى به فرس آخر . ج : فإن لم يوجد شيء ولا لحق ثمنه الفرس ، فإنه يتصدق بثمنه في الجهاد (وَاخْتُلِفَ فى الْمُعَاوَضَةِ بالرَّبْعِ) الحبس (الْخَرِبِ بِرَبْعٍ غَيْرِ خَرِبٍ) والمذهب عدم المعاوضة ، ورخص فى موطأ ابن وهب : فى بيع رَبْع داثر ، وبئر تعطل ، ويعوض به ربع ونحوه ، ويكون حبسا .

قوله : (بفتح الياء) مضارع كلب – بكسر اللام ، والمصدر كلبا بفتحها – كما فى التحقيق – ومثل الكلب الهرم والمرض ، وكذا كل ما تعطلت منفعته المقصود منه ، كالكبير من الإناث الموقوفة لنسلها أو لعملها .

قوله : (فإنه يتصدق بثمنه فى الجهاد) أى : فى الجهة الموقوف عليها ، فثمن الفرس يفرق على المجاهدين – كما قال الشارح – وثمن الحيوان على من وقف عليه ، وثمن الثوب الخلق على العراة .

قوله : (واختلف فى المعاوضة الخ) حمله بعضهم على ظاهره : بأن يعاوض الربع الخرب بربع غير خرب فيدفعه بعينه فى الربع الصحيح ، وحمله آخر على أنه يباع الربع الخرب ويشترى بقيمته – مثلا – صحيحا ، فيصير ما كان حبسا غير حبس وما ليس بحبس حبسا ، فالمباع يكون غير حبس والمشترى يكون حبسا ، قائلا هو البين اهـ **تت** : والربع – بفتح الراء – الدار بعينها حيث كانت ، وجمعها رباع ، وربوع ، وأرباع ، وأربع ، كذا فى التنبيه ، كما فى التحقيق .

قوله : (ورخص) مقابل المذهب ، الخ .

قوله : (وبئر تعطل) أى : تركت لهلاك أهلها .

قوله : (ويعوض به ربع نحوه) أى : فيما إذا كان المباع ربعا ، أى : أو بئر فيما إذا كان المباع بئرا ، هذا هو الظاهر .

خاتمة : الملك للواقف ولو فى المساجد ، وفائدته : أن له ولوارثه منع من يريد إصلاحه ، وإذا اكترى بدون أجرة المثل يفسخ كراؤه لمن يريد أن يأخذه بأكثر ، وأما إذا كرى بأجرة المثل زمن العقد فلا يفسخ كراؤه ، لأجل زيادة عليها .

مطلب الرهن .

ثم انتقل يتكلم على الرهن ، وهو : لغة اللزوم والحبس .

واصطلاحا : قال فى المختصر : بذل من له البيع ما يباع أو غررا ولو اشترط فى العقد وثيقة بحق . دخل فى قوله : من له البيع ، المكلف والصبى المميز ، وخرج : المجنون ، والصغير الغير المميز ؛ ودخل فى قوله : مايباع ، الطاهر المنتفع به ، المقدور على تسليمه ، المعلوم غير المنهي عنه ، وخرج : الخمر ، والخنزير ، ونحوهما ، أو غررا ، معطوف على ما ، كالآبق ، أي : يجوز رهنه ؛ وقوله : وثيقة ، مفعول

قوله : (ثم انتقل يتكلم على الرهن) لما كان بين الرهن والوقف مناسبة من جهة توقف التمام على الحيازة ، ذكره عقبه .

قوله : (وهو لغة اللزوم والحبس) أى : فهو فى اللغة مصدر مفسر باللزوم ومفسر بالحبس ، أى : إلا أن المصدر الأول بمعنى اسم الفاعل ، والثانى بمعنى اسم المفعول ، قال فى التحقيق بعد قوله : اللزوم والحبس : يقال هذا رهن لك ، أى محبوس دائم لك .

قوله : (دخل فى قوله من له البيع المكلف والصبى المميز) فيصح من المميز ، والسفيه ، والعبد ، ويتوقف على إجازة وليهم ، ثم إذا تلف ما رهناه قبل رضا ولى كلٍّ فيضمنه المرتهن ضمان عداء ، حيث علم بعدم لزوم رهن كل لا ضمان رهان . ورهن السكران كبيعه ، ويلزم من مكلف رشيد كالبيع .

وقوله : (خرج المجنون الخ) أى : فلا يصح من هذين .

قوله : (الطاهر المنتفع به) دخل فيه المعار للرهن ، والدين ، ووثيقة الدين ، لأنه يجوز بيعها ، وبيع ما فيها من الدين ، ويدخل فيه رهن المغصوب من غاصبه ، فإنه يصح ويسقط عنه ضمان العداء إلى ضمان الرهان ، ويكفى فى الصحة العزم على الرد .

قوله : (أو غررا) معطوف على ما ، أى : بحذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، أى : ذا غرر ، أى : يجوز رهنه ولو شرط رهن الغرر فى عقد الرهن ، لأن للمرتهن أن يدفع ماله بغير وثيقة فجاز أخذه لما فيه من غرر ، لأنه شىء فى الجملة خير من لا شىء ، ومثل الآبق البعير الشارد ، أى : لخفة غررهما بخلاف ما اشتد غرره كالجنين ، فلا يصح رهنه لقوة الغرر فيه ، ولكن لابد أن يكون الآبق مقبوضا حال حصول المانع ، فإن قبض قبل المانع ، ثم أبق وحصل المانع حال إباقه كان مرتهنه أسوة الغرماء .

لأجله ، والمعنى : أن الرهن إنما يعطى للتوثق به ، على معنى : أنه لو عجز الراهن عن أداء الدين لبيع الرهن ووفى الدين منه وأركانه أربعة :

الأول : العاقد ، وهو : من يصح منه البيع .

الثاني : المرهون ، وشرطه أن يكون مما يمكن أن يستوفى منه ، أو من ثمنه ، أو من منافعه الدين الذي رهن به أو بعضه .

الثالث : المرهون به ، وله شرطان : أن يكون دينا في الذمة ، وأن يكون

قوله : (للتوثق) مفاده : أن وثيقة مصدر ، أى : ويكون ناصبه قوله : بذل ، والباء فى قوله : بحق ، بمعنى فى ، ويحتمل أن يكون حالا من قوله : ما يباع ، أو غررا ، والتقدير حالة كون ما ذكر موثقا به فى حق قاله فى التحقيق . واحترز بذلك عما بذل لا للتوثق بل للتملك كالبيع والهبة ، والصدقة ، والانتفاع ، والإعارة ونحوه ؛ ولا فرق فى الحق بين أن يكون موجودا بالفعل أو سيوجد .

قوله : (الأول العاقد) أى : الراهن والمرتهن وهو القابض له ، وشرطهما التأهل للبيع صحة ولزوما على ما تقدم .

قوله : (أن يكون مما يمكن أن يستوفى منه) أى : إذا كان الرهن من جنس الدين كما لو كان الرهن ذهبا والدين ذهبا - مثلا - إلا أن صحة رهن المثلى الذى من جملته الذهب والفضة أن يطبع عليه طبعا لا يقدر على فكه غالبا ، بحيث لو أزيل علم بزواله حماية للذرائع ، لاحتمال أن يكون قصدا قبضه على جهة السلف وسمياه رهنا ، واشتراط السلف فى المداينة ممنوع ، والتطوع به هبة مديان ، بخلاف غير المثلى ، ومن غير المثلى الحلى وإنما يشترط الطبع حيث جعل بيد المرتهن ، أما لو جعل بيد أمين فيصح ، ولو لم يطبع عليه . وما قررناه من أن الطبع شرط فى صحة الرهن ظاهر خليل ، ولكن المعتمد أنه شرط لجواز الرهن .

قوله : (أو من ثمنه) كأن يكون كتاباً .

وقوله : (أو من منافعه) كدار .

وقوله : (أو بعضه) فيه إشارة إلى أنه لا يشترط أن يكون الرهن قدر الدين بل يجوز وإن كان أقل من الدين .

قوله : (أن يكون دينا فى الذمة) أى : يمكن استيفاؤه من الرهن ، فلا يصح الرهن فى معين ، ولا فى منفعته لاستحالة استيفاء المعين أو منفعته من ذات الرهن ، مثال الأول : أن

لازما ، أو صائرا إلى اللزوم كالجعل بعد العمل ، أما ما كان فى أصله غير لازم ، ولا صائرا إلى اللزوم كنجوم الكتابة ، فلا يكون رهن به .

الرابع : الصيغة ، ولا يتعين لفظ الإيجاب والقبول فيهما بل يقوم مقامه كل ماشاركه فى الدلالة على المفهوم منه .

وحكمه ما أشار إليه بقوله : (وَالرَّهْنُ جَائِزٌ) حضرا وسفرا ، وقيل لا يجوز فى الحضر ، لقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ ﴾ [البقرة : ٢٨٣] أجيب : بأنه إنما خص السفر ، لغلبة فقدان الكاتب الذي هو البينة فيه ، وأيضا فى الصحيحين : « أَنَّهُ ﷺ اشْتَرَى طَعَاماً بِثَمَنٍ إِلَى أَجَلٍ وَرَهَنَ فِيهِ دِرْعَهُ وَهُوَ بِالْمَدِينَةِ » [(١)]

يشترى دابة فيخاف المشترى أن تستحق ، فيقول للبائع : أعطنى رهنا على تقدير إذا استحقت الدابة منى آخذها بعينها من ذات الرهن ، ولا يخفى أن هذا لا يمكن فلذلك لم يصح . ومثال الثانى : أن يكترى منه دابة فيقول المكترى للمكرى : إنى أخاف أن تستحق من يدى أعطنى رهنا ، فعلى تقدير استحقاقها آخذ المنافع بعينها من ذات الرهن .

قوله : (أو صائرا إلى اللزوم) كالجعل بعد العمل لا ككتابة وجعل قبل العمل .

قوله : (فلا يكون رهن به) أى : لا يصح رهن به فتدبر .

قوله : (فيهما) كذا فيما وقفت عليه من نسخ هذا الشارح ، والمناسب فيها بالإفراد – كما هو فى التحقيق – منسوبا إلى الجواهر ، أى : لا يتعين اللفظ الدال على الإيجاب والقبول فى الصيغة بل يقوم مقام اللفظ كل ما شاركه فى الدلالة على المفهوم منه ، فتدبر .

قوله : (ما أشار) أى : الجواز الذى أشار الخ .

قوله : (لقوله تعالى وإن كنتم على سفر) أى : مسافرين أو متوجهين ، أى : ولم تجدوا كاتبا فى المدينة فرهان مقبوضة ، أى : فالذى يستوثق به رهان الخ ، أبو السعود : يجوز الرهن ولو مع وجود الكاتب .

قوله : (ورهن فيه درعه) أى : عند أبى الشحم اليهودى ، وكانت تلك الدرع المرهونة

---

(١) البخارى الرهن ٣٤١/١ وفى الجهاد : ٤٠٩/١ طبع الهند . مسلم البيوع : ٣١/٢ ابن ماجه : ٨١٥/٢ .

(وَلَا يَتِمُّ) الرهن (إِلَّا بِالحِيَازَةِ) ظاهره : أنه يصح قبل القبض ، لكن لا يختص المرتهن به عن الغرماء إلا بالقبض ، ابن الحاجب : فإن تراخى إلى الفلس أو الموت بطل اتفاقا ولو كان مُجِدا على الأشهر .

والفرق بين الرهن والهبة مع الجِد : أن الرهن لم يخرج عن ملك الراهن فلم يكتف فيه بالجد فى الطلب ، بخلاف الموهوب فإنه خرج عن ملك واهبه .

(وَلَا تَنْفَعُ الشَّهَادَةُ فِي حِيَازَتِهِ إِلَّا بِمُعَايَنَةِ الْبَيِّنَةِ) ع : هذا فيما يبان

تسمى بذات الفضول . قال الشامى فى سيرته : بالضاد المعجمة ، سميت بدلك لطولها ، وكانت من حديد ، وروى عن عائشة رضى الله عنها قالت : « قُبِضَ رَسُولُ اللهِ ﷺ وَأَنَّ دِرْعَهُ لَمَرْهُونَةٌ فِي ثَلاثِينَ صَاعاً – وفى رواية – سِتِّينَ صَاعا شعيراً رِزْقاً لعيَالِهِ » [١] وكان له عليه الصلاة والسلام سبعة أدرع .

قوله : (إلا بالحيازة الخ) أى : بضم الرهن للمرتهن .

قوله : (ظاهر أنه يصح الخ) أى : وهو كذلك .

قوله : (ولو كان مجدا على الأشهر) ومقابله أنه مع الجد لا تبطل .

قوله : (والفرق بين الرهن الخ) والصدقة كالهبة .

تنبيه : لو امتنع الراهن من وضع الرهن تحت يد المرتهن وطلب وضعه عند أمين ، فالقول قوله كعكسه وإن اختلفا فى الأمين فينظر الحاكم .

قوله : (إلا بمعاينة البينة) أى : لحوز المرتهن له قبل حصول المانع للرهن ، وقيل لابد من شهادة البينة على التحويز ، وهو تسليم الراهن الرهن للمرتهن وصيرورته فى حوزه ، وفى المدونة ما يدل للقولين ، فعلى هذا لو وجدت سلعة المديان بيد صاحب الدين بعد موت المديان أو فلسه ، وادعى أنها رهن عنده ، وحازها قبل حصول المانع من غير إقامة بينة لم يصدق ، لأنه لم يثبت حوزه ولا تحويزه ولو شهد الأمين الذى وضع الرهن تحت يده بذلك ، لأنه شاهد على فعل نفسه وهو الحوز ، والبينة هنا ، ولو الواحد مع اليمين لأنها شهادة مال ، ولو شهد عدلان على الحوز قبل المانع ، وعدلان على عدم الحوز ، فيقدم الشاهدان بالحوز لأنها مثبتة وتلك نافية .

---

(١) البخارى الرهن ٣٤١/١ وفى الجهاد : ٤٠٩/١ طبع الهند . مسلم البيوع : ٣١/٢ ابن ماجه : ٨١٥/٢ .

وينقل ، وأما إذا رهنه ما لا يبان ولا ينقل ، فإن الشهادة تنفع فيه على إقرارهما ، وترتفع يد الراهن عنه ، فإذا رهنه ما يبان به وينقل ، وشهدت البينة على حيازته ، ثم رجع إلى الراهن بعارية ، أو هبة ، أو بغير ذلك من الوجوه ، فإن الرهن يبطل ، قاله مالك اهـ (وَضَمَانُ الرَّهْنِ) بمعنى اسم المفعول (مِنَ الْمُرْتَهِنِ) - بكسر الهاء - آخذ الرهن ، مالم يكن بيد أمين فإنه من الراهن وهو دافع الرهن - كما سينص عليه - وإنما يلزم المرتهن الضمان (فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ) كالحلي ، إلا أن تقوم بينة على هلاكه

قوله : (وينقل) عطف تفسير .

قوله : (فإن الشهادة تنفع فيه على إقرارهما) أى : بالحيازة - كما هو سياق الكلام - وهو المناسب ؛ وإن كان قوله : وترتفع يد الراهن عنه ، أى : يطلب أن ترتفع يد الراهن عنه ، يقتضى أن المراد إقرارهما بالرهنية .

وبعد ، فهذا الكلام ضعيف ، والمعتمد أنه لابد من معاينة البينة الحيازة قبل حصول المانع مطلقا ، أى سواء كان مما يبان وينقل أم لا .

قوله : (بعارية) أى : مطلقة ، أى : لم يقيدها بزمن ، لأن ذلك يدل على أنه أسقط حقه من الرهن ، فالمطلقة هى التى لم يشترط فيها الرد فى الأجل حقيقة أو حكما ، ولم يكن العرف فيها ذلك ، فما اشترط فيها الرد حقيقة أو حكما بأن تقيد بزمن أو عمل ينقضى قبل الأداء ، أو كان العرف كذلك ، فهى المقيدة فلا يبطل الرهن فله أخذه من الراهن .

قوله : (أو هبة) أى : وهب المرتهن الرهن للراهن ، أى : وهب له منفعتها ، كأن يكون المرتهن اكتراه من الراهن ، ثم وهب له تلك المنفعة .

وقوله : (أو بغير ذلك من الوجوه) كما لو ردها له على طريق الوديعة ، ولا يخفى أن العلامة خليلا قد قال : وعلى الرد أو اختيارا له أخذه ، أى إذا أعاره على الرد أو رجع للراهن باختيار من المرتهن على طريق الوديعة ، أو إكراه له ، فله أخذه ، فلا بطلان إلا أن يحمل البطلان فى ذلك على ما إذا قام على الراهن الغرماء والرهن عنده .

قوله : (فيما يغاب عليه) أى : فيما يمكن إخفاؤه كحلى ، أو ثياب ، أو سفينة فى حال جريها .

قوله : (إلا أن تقوم بينة على هلاكه) أى : أو ضياعه ، أى : بغير سببه وغير تفريطه .

فلا يضمن (وَلَا يَضْمَنُ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ) كالدور والحيوان – على المشهور – ولو شرط المرتهن نفي الضمان فيما يغاب عليه ، أو اشترط الراهن الضمان على المرتهن فيما لا يغاب عليه ، قال ابن القاسم : الشرط باطل ، لأنه شرط يناقض مقتضى العقد . وقال أشهب : الشرط لازم ، وصوبه اللخمي . وهذا إذا كان فى أصل العقد ، وأما بعد العقد فالشرط لازم عند الجميع ، وعلى الضمان يضمن قيمته يوم ضاع عند ابن القاسم ، ويحلف المتهم لقد ضاع ، ولا فرطت ، ولا ضيعت ،

قوله : (ولا يضمن ما لا يغاب عليه) أى : ما لا يمكن إخفاؤه ، أى ما لم يدع تلف دابة – مثلا – وله جيران لا يعلمون ذلك ولا رأوه ، فإنه يضمن الرهن حينئذ لثبوت كذبه ، وكذلك إذا كان مع الرفقة فى السفر وادعى موت الدابة وكذبه العدول ، فإنه يضمن ؛ ومثل تكذيب العدول سكوتهم وعدم تصديقهم ، والمراد بالعدول الاثنان فأكثر ، وانظر إذا كذبه عدل وامرأتان .

قوله : (والحيوان) ولو طيرا ، وكالزرع والثمار قبل الحصاد والقطع ، وكسفينة فى مرساة .

قوله : (على المشهور) ومقابله ما خرجه بعضهم وهو ضمانه من رواية ضمان المحبوسة للثمن .

قوله : (قال ابن القاسم الشرط باطل) هذا جواب لو ، وكلام ابن القاسم هو المعتمد ، وظاهر عبارة الشارح : أن الخلاف بين ابن القاسم وأشهب فى الصورتين ، أى : صورة ما يغاب عليه وصورة ما لا يغاب عليه ، وليس كذلك بل الخلاف المذكور إنما هو فى الأول ، أعنى : ما يغاب عليه إذا اشترط فيه عدم الضمان ، ولذلك عللوا اللزوم بعد العقد عند الجميع بقولهم : لأن تطوعه بالرهن معروف ، وإسقاط الضمان معروف ثانٍ ، فهو إحسان على إحسان فلا وجه لمنعه ، فتدبر .

قوله : (وعلى الضمان) أى : وعلى اعتبار الضمان يضمن قيمته يوم ضاع عند ابن القاسم ، ولم يذكر مقابله ، وذكر الشيخ أحمد الزرقانى قولين آخرين فى المسألة : **أولهما** : أن المرتهن يضمن القيمة يوم القبض مطلقا ، ورجح **الثانى** : أنه يضمنها يوم القبض ، إلا أن يرى عنده بعد ذلك فيضمن قيمته يوم رىء ، وانظر إذا جهل يوم الضياع أو يوم القبض أو يوم الرؤية ؟

قوله : (ويحلف المتهم الخ) هذا فيما لا يغاب عليه .

ولا تعديت ، ولا أعرف موضعه ؛ وغير المتهم لا يحلف إلا على عدم التفريط خاصة ، لأنه لا يتهم فى إخفائه .

(وَثَمَرَةُ النَّخْلِ الرَّهْنِ لِلرَّاهِنِ) وهو دافع الرهن ، كانت الثمار موجودة أو معدومة حين الرهن ، مأبورة أو لا ، على المشهور ، إلا أن يشترط ذلك المرتهن ،

وقوله : (لقد ضاع) فيأتى به لاحتمال أنه لم يضع .

وقوله : (ولا فرطت الخ) المراد من الألفاظ الثلاثة واحد ، فيكفى واحد منها يضم للأول ، وإنما طلب منه الإتيان بواحد لاحتمال أن يكون مفرطا فى نفس الأمر ، فيلزمه القيمة .

وقوله : (ولا أعرف موضعه) يأتى به مضمونا للفظين المذكورين ، الأول وواحد من الثلاثة ، لاحتمال أن يكون عرف موضعه . زاد اللقانى : ويزيد ولا يظن موضعه ، لأنه لا يلزم من نفى المعرفة نفى الظن .

وهذا كله فى دعوى الضياع ، وأما دعوى التلف فيحلف أنه قد تلف بلا دلسة ، والدلسة الحيلة ، أى : ما تحيلت فى إخفائه ، وأما ما يغاب عليه الذى يضمن فيه القيمة فيحلف متهَما أم لا فى دعوى التلف ، أنه تلف بلا دلسة ، وفى دعوى الضياع ، أنه ضاع ولا يعلم موضعه ولا يظنه ، وإنما حلف فيهما مع ضمانه القيمة أو المثل فى المثلى للاتهام على تعييبه وإخفائه رغبة فيه .

ومقتضى هذا التعليل أنه لو شهدت له بينة بتلفه ولم تشهد مع ذلك بتلفه بغير سببه أنه لا يحلف ، ويضمنه وهو كذلك كإتيان ببعضه محرقا ، ولا يعلم احتراق محله ، فإنه لا يحلف إذ لا يتهم على أنه غيبه كشهادتها عليه بتلفه بسببه ، أو مجملا فيضمنه ولا يحلف فلا يلزم من نفى الحلف نفى الضمان .

قوله : (وغير المتهم) أى : الذى هو فيما لا يغاب عليه الذى لا ضمان فيه .

وقوله : (إلا على عدم التفريط) أى : لأنه إذا فرط فيما لا يغاب عليه فيضمن .

وقوله : (لأنه لا يتهم فى إخفائه) أى فيصدق فى دعواه الضياع . واعلم : أنه يستمر ضمان المرتهن ولو قبض الدين أو وهب إلا أن يحضره لربه بعد براءته ولم يقبضه حتى ضاع ، فضمانه من ربه سواء قال : اتركه عندك أو لا ، أو دعاه لأخذه فقال : اتركه عندك فضاع ، لأنه صار فى الحالتين كالوديعة .

قوله : (على المشهور) راجع لقوله : كانت الثمرة موجودة الخ ، ومقابل المشهور ما روى عن مالك أنها تدخل فى الرهن ، أى : مطلقا موجودة يوم الرهن أم لا .

فإنها تدخل على أي حالة كانت (وَكَذَلِكَ غَلَّةُ الدُّورِ) للراهن ، على المشهور ، إلا أن يشترط المرتهن ذلك ، فيكون له (وَالْوَلَدُ رَهْنٌ مَعَ الْأَمَةِ الرَّهْنِ تَلِدُهُ بَعْدَ الرَّهْنِ) ولو شرط عدم دخول الولد فى الرهن لم يجز (وَلَا يَكُونُ مَالُ الْعَبْدِ رَهْناً مَعَهُ إِلَّا بِشَرْطٍ) كان ماله معلوما أو مجهولا ، لأن رهن الغرر جائز (وَما هَلَكَ بِيَدِ أَمِينٍ) مما يغاب عليه (فَهُوَ مِنَ الرَّاهِنِ) دون الأمين ، لأنه لا ضمان على الأمين .

ثم انتقل يتكلم على العارية – بتشديد الياء – على المشهور ، وعرفها ابن الحاجب : بأنها تمليك منافع العين بغير عوض .

قوله : (وكذلك غلة الدور للراهن على المشهور) ومقابله ما نقل عن مالك أنها تدخل فى الرهن ، ومثل ذلك أجرة العبد .

قوله : (إلا أن يشترط المرتهن ذلك) أى : إدخاله فى الرهن .

قوله : (مع الأمة الرهن) سواء كانت حاملا به ، أو حملت به بعد الرهن ، ومثل الأمة سائر الحيوان المرهون ، ومثل الولد فى الدخول فى الرهنية الصوف التام ، والفرق بين الصوف والثمرة أن الصوف التام سلعة مستقلة ، فالسكوت عنه وقت الرهنية دليل على إدخاله فى الرهنية .

قوله : (تلده بعد الرهن) وأما ما انفصل قبل الرهنية فلا يدخل .

قوله : (ولو شرط عدم دخول الولد فى الرهن لم يجز) أى : ويكون الرهن باطلا ، أفاده بعض الشيوخ .

قوله : (إلا بشرط) أى : إلا بشرط دخوله فى الرهن ، ومثل مال العبد : بيض الطير ، لا يدخل فى الرهن إلا بشرط .

قوله : (بتشديد الياء على المشهور) ومقابله ما حكى من تخفيفها ، وهى اسم مصدر ، والمصدر إعارة ، والمراد هنا الشىء المعار ، مأخوذة من التعاور الذى هو التداول .

قوله : (تمليك منافع العين بغير عوض) تعقبه ابن عرفة ، بأنه غير جامع ، لأنه لا يتناولها إلا مصدرا ، والعرف إنما استعملها اسما ، واعترض بكونه أيضا غير مانع لدخول أشياء ، ولذلك عرفها ابن عرفة : بأنها تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض ، فيخرج تمليك الذوات

وأركانها أربعة :

الأول : المعير ، وشرطه : أن يكون مالكا للمنفعة بإجارة ، أو عارية من غيره ، وأن لا يكون عليه حجر ، فلا تصح من مجنون ، ولا سفيه ، ولا عبد إلا بإذن سيده .

الثانى : المستعير ، وشرطه : أن يكون أهلا للتبرع عليه بالمستعار ، فلا تصح إعارة المسلم للذمي .

الثالث : المستعار ، وشرطه : شيئان : أحدهما . أن يكون عينا ، ليستوفى منه المستعير المنفعة التي تبرع المعير بها عليه ، فلا تصح إعارة الأطعمة وغيرها من

وتمليك الانتفاع ، لأن العارية فيها تمليك المنفعة ، وهو أعم من الانتفاع ، وقوله : مؤقتة ، حقيقة أو حكما ، لتدخل المعتادة عند الإطلاق لإخراج الحبس ، فإن الغالب فيه التأبيد أو لأن الحبس فيه ملك الانتفاع لا المنفعة ، فتأمل . وقوله : لا بعوض ، خرج به الإجارة . وأما تعريفها بالمعنى الإسمى وهو مراد المؤلف بقوله : والعارية ، أى : مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض .

قوله : (مالكا للمنفعة الخ) أى : فإعارة الفضولى ملك الغير باطلة ، كهبته ووقفه ، وسائر ما أخرجه على غير عوض ، لا على عوض كبيعه فصحيح ، يتوقف لزومه على رضا مالكه .

قوله : (بإجارة) الأولى أن يقول : ولو بإجارة .

وقوله : (أو عارية) لأن للمستعير أن يعير إن لم يحجر عليه المعير له ، ولو بلسان الحال .

قوله : (ولا عبد إلا بإذن سيده) أى : ولو كان ذلك العبد مأذونا له فى التجارة . لأنه إنما أذن له فى التصرف بالأعواض ، ولم يأذن له فى العارية إلا ما كان استئلافا للتجارة ؛ وعارية الزوجة فيما زاد على الثلث صحيحة ، بخلاف المريض فباطلة ، ثم إن الذى ينظر لكونه قدر الثلث فأكثر قيمة المنفعة المعارة لا قيمة ذى المنفعة .

قوله : (فلا تصح إعارة المسلم) أى : إعارة الغلام المسلم لخدمة الذمى ، ولا يرد أن هبة ذات المسلم للكافر ممنوعة ابتداء وماضية بعد الوقوع ، لأنه لما أجبر على إخراجه لم يستقر له عليه ملك ، بخلاف هبة منفعته أو إعارته فيغلب فيه قصد الإذلال ؛ وقيل بالصحة وتباع تلك المنفعة على المستعير .

المكيلات والموزونات ، وإنما تكون قرضا . لأنها لا تراد إلا لاستهلاك أعيانها . والآخر : أن تكون المنفعة مباحة ، فلا تعار الأمة للاستمتاع بها ، لما فيه من إعارة الفروج .

الرابع : ما به تكون الإعارة ، نحو : أعرتك ، وخذ هذا عارية ، أو أعرنى ، فيقول : نعم ، أو يومىء برأسه .

وحكمها : الندب . وتتأكد فى القرابة ، والجيران ، والأصحاب . والأصل

قوله : (فلا تصح إعارة الأطعمة) فإذا أعاره إردبا من القمح ، بأن قال له : أعرتك هذا الإردب - مثلا - فتلك إعارة باطلة ، فلا يلزم المعير دفع ذلك الإردب للمستعير .

قوله : (لأنها لا تراد الخ) علة لقوله : فلا تصح إعارة ، ولقوله : وإنما تكون قرضا ، أى : وحيث إنها لا تكون إلا قرضا ، فيضمنها الآخذ لها ولو قامت بينة على الهلاك ، ولو وقعت بلفظ العارية ؛ ومفاد هذا الحصر أنه لا يصح استعارتها لتزيين الحوانيت .

قوله : (فلا تعار الأمة للاستمتاع) أى : أو الزوجة لذلك ، وكذا لا تعار الأمة لخدمة بالغ غير محرم أو لمن تعتق عليه ، لأن الخدمة فرع الملك ، وملكها لا يستقر لمن تعتق عليه ، وإن أعيرت الأمة أو العبد لمن يعتقان عليه لم تصح العارية ، ويملكان خدمتهما تلك المدة ولا يملكها السيد ولا المستعير ، وأما عارية المرأة لامرأة مثلها أو لصبى أو لمحرمها فإنها جائز .

قوله : (نحو أعرتك) أى : ويقبل الآخر ، وظاهره : أنه لابد من اللفظ - وليس كذلك - بل هى كما تكون بالقول ، تكون بالفعل الذى تفهم منه ، ثم إن قيدت بزمن فلا إشكال فى لزومها له ، وإلا فاللازم ما تعار لمثله .

قوله : (وحكمها) أى : الأصل الندب ، وقد يعرض لها الوجوب : كمن معه شىء مستغنى عنه ، وطلبه من يخشى عليه الهلاك بتركه ، ككساء فى زمن شدة برد . والحرمة : إذا كانت تعين على معصية . والكراهة : إذا كانت تعين على فعل مكروه . والإباحة إذا أعارها غنيا .

قوله : (وتتأكد فى القرابة والجيران) أى : وتتأكد فيما قل أيضا كالفأس والقدر والدلو ، قاله فى التحقيق ، أى : تتأكد من حيث حكمها وهو الندب ، ولو قال ويتأكد ، أى : الندب لكان أوضح .

فيها قوله تعالى : ﴿ وَٱفْعَلُواْ ٱلْخَيْرَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ [الحج : ٧٧] وما صح من قوله ﷺ : « العَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ ، وَٱلْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ ، وَالدَّيْنُ يُقْضَى ، والزَّعِيمُ غَارِمٌ » (١) المنحة : الشاة المستعارة لينتفع بلبنها ، ج : ومؤداة : مضمونة ، كما جاء مفسرا في رواية أبي داود : « أَنَّهُ ﷺ آسْتَعَارَ مِنْ صَفْوَانَ دِرْعَهُ ، فَقَالَ : أَغَصْباً يَامُحَمَّدُ ، فَقَالَ : لَا بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ » (٢) وإلى هذا أشار الشيخ بقوله : (وَالْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ) ثم فسر ذلك بقوله : (يَضْمَنُ مَا يُغَابُ عَلَيْهِ) إلا إذا قامت بينة على

قوله : (مضمونة) وقيل معناه مردودة ، قاله فى التحقيق .

قوله : (مردودة) أى : يجب ردها لأربابها حتى تنقضى مدة الاستعارة .

وقوله : (والدين يقضى) أى : يجب قضاؤه .

وقوله : (والزعيم) أى : الكفيل ، أى : الضامن غارم .

وقوله : (مضمونة) أى : يضمنها المستعير إذا ادعى تلفها – مثلا – وكانت مما يغاب عليه ما لم تقم عليه بينة .

قوله : (استعار من صفوان) أى : يوم حنين ، قاله فى التحقيق .

قوله : (درعه) قال الجوهرى : درع الحديد مؤنثة ، وحكى أبو عبيدة : أن الدرع يذكر ويؤنث .

قوله : (يضمن ما يغاب عليه) لكن إن كانت العارية لا تنقص بالاستعمال لقرب مدتها ونحو ذلك ، غرم قيمتها على ما كانت عليه ، وإن كانت تنقص به لبعد مدتها ، غرم قيمتها على نقصها بالاستعمال ، ولو تلفت قبل الاستعمال ، فإن كان المتلف لها شخص (٣) فإن المعار يرجع عليه بقيمتها يوم التلف ، وله ما زاد على ما ترتب من قيمتها ناقصة ، هكذا قرر بعض أشياخى .

---

(١) أبو داود البيوع : ٤٠٢/٣ ابن ماجه : ٨٠٢/٢ و ٨٠٤ ، الدارقطنى : ٣٠٦ طبع الهند .

(٢) أبو داود : ٤٠١/٣ ، المستدرك : ٤٧/٢ طبع الهند ، الدارقطنى : ٣٠٥ طبع الهند .

(٣) قول المحشى فإن كان المتلف لها شخص كتب عليه الشيخ خضارى أى غير المستعير اهـ والمناسب من جهة العربية نصب شخص .

هلاكه ، فإنه لا يضمن – على المشهور – لأن الضمان للتهمة ، وهي تزول بالبينة (وَلَا يَضْمَنُ مَا لَا يُغَابُ عَلَيْهِ مِنْ عَبْدٍ أَوْ دَابَّةٍ) ع : وعليه اليمين ، متهما كان أو غيره ، ولو شرط المعير الضمان على المستعير لا ينفعه ذلك ، وكذلك لو شرط المستعير على المعير عدم الضمان مما فيه الضمان لا ينفعه ، وعليه الضمان على أحد قولي ابن القاسم وأشهب ، ولهما أيضا : ينفعه ويعمل بالشرط ، لأن العارية بابُ معروفٍ – وإسقاط الضمان من المعروف – ثم استثنى مما لا ضمان فيه صورة فقال :

وقال بعض أشياخى : لو أخد المعير القيمة من الأجنبى المتلف لها ، هل للمستعير حق فيما زادته قيمتها يوم التلف عما تزيده قيمتها على ما ينقصها بالاستعمال أم لا ؟ وهو الظاهر ، لأن حقه إنما هو فى الذات وقد ذهبت قاله عج .

وإذا ضمن القيمة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه ، فإنه يحلف لقد ضاعت ضياعا لا يقدر معه على ردها ، لأنه يتهم على إخفائها رغبة فى أخذها بقيمتها ، فإذا استعملها فى غير المأذون فيه فنقصت به أكثر من نقصانها بالمأذون فيه ، فإنه يغرم قيمتها مع مراعاة نقصها بالمأذون فيه .

قوله : (على هلاكه) أى : أو تلفه .

قوله : (فإنه لا يضمن على المشهور) ومقابله ما لأشهب من الضمان ، ولو قامت بينة على هلاكه ، ومثل قيام البينة : لو علم أن التلف بغير سببه كسوس فى ثوب ، أو قرض فأر ، لكن بعد يمينه أنه ما فرط .

قوله : (ولا يضمن ما لا يغاب عليه) فيقبل قوله فى التلف وفى الضياع إلا أن يظهر كذبه ، كدعواه موت دابة يوم كذا ، ثم شهدت بينة أنه كان يستعملها بعد ذلك اليوم .

قوله : (ولو شرط المستعير على المعير عدم الضمان مما فيه الضمان) أى : لأن الضمان عليه بطريق الأصالة .

قوله : (ولهما أيضا ينفعه الخ) وعلى كل حال لا يفسد العقد ، وقيل يفسده ، ويكون للمعير أجرة ما أعاره ، والقولان على حد سواء .

قوله : (لأن العارية باب معروف) أى : وإسقاط الضمان من المعروف .

(إِلَّا أَنْ يَتَعدَّى) المستعير ، فيضمن . ووجوه التعدي كثيرة منها : الزيادة فى الحمل ، والزيادة فى المسافة ، وكذلك يضمن فى صورة أخرى ، وهى : أن يتبين كذبه ، ويكون بأشياء ، منها : أن يقول تلفت فى موضع كذا ، ولم يسمع أحد من الرفقة بتلفها .

ثم انتقل يتكلم على الوديعة ، وعرفها ابن الحاجب : بأنها استنابة فى حفظ المال .

قوله : (منها الزيادة فى الحمل) هذه عبارة مجملة ، وتفصيلها : أنه إذا استعار دابة لحمل شىء ، ثم زاد عليه : أنه إن زاد ما تعطب به وعطبت ، فإن صاحبها بالخيار بين أخذ قيمتها يوم التعدى ولا شىء له من الكراء ، أو يأخذ كراء الزائد فقط ، وطريق معرفة ذلك أن يقال : كم يساوى كراؤها فيما أعيرت له ؟ فإن قيل عشرة ، فيقال : كم يساوى كراؤها فى جميع ما حمل عليها من الزائد وغيره ؟ فإن قيل خمسة عشر ، دفع للمعير الخمسة المذكورة إلا أن يكون أكثر من قيمتها يوم التعدى ، فاللازم القيمة ، كذا يظهر ، فلو سلمت فى الفرض المذكور ، أو زاد ما لا تعطب بمثله وسلمت ، أو عطبت فلا شىء للمعير إلا كراء الزائد .

قوله : (والزيادة فى المسافة) لا فرق بين أن يكون مما تعطب به أو لا حيث تلفت ، أى : ومنها إذا حملها أثقل مما استعارها له ولو أقل قدرا ، بخلاف ما لو تلفت بفعل المأذون فيه أو مثله ، فلا ضمان . وجواز فعل المثل جائز ولو فى المسافة على الراجح ، بخلاف الإجارة لا يجوز للمستأجر العدول عن المسافة المأذون فيها ، وإن ساوت إلا بإذن المكرى لما فى العدول إلى غيرها من بيع دين بدين ، وهو لا يجوز . فتأمل .

قوله : (منها أن يقول تلفت الخ) أى : ومنها أن يقول : ماتت بموضع كذا ، ولم يوجد لها أثر بذلك الموضع .

قوله : (ثم انتقل يتكلم على الوديعة) من الودع ، وهو : الترك قال الله تعالى : ﴿ مَا وَدَّعَكَ رَبُّكَ وَمَا قَلَى ﴾ [الضحى : ٣] أى : ما ترك عادة إحسانه فى الوحى إليك ، وهى بالمعنى الإسمى لغة : الأمانة ، **واصطلاحا** : مال وُكِّل على حفظه . وتعريف ابن الحاجب بالمعنى المصدرى .

قوله : (استنابة الخ) يدخل إيداع ذكر الحقوق ، ويخرج وضع الأب ولده عند من يحفظه ، لأن الحر لا يقال له مال ، ويخرج وضع الأمة مدة المواضعة عند أمينة ، لأن وضعها لم يكن لحفظها ، وإنما هو للإخبار بحيضها . وظاهر التعريف – كالمدونة – شموله لما لا يقبل النقل كالرباع ، ليحفظها المودع ممن يتسور عليها .

وحكمها : الإباحة ، ويعرض لها الوجوب ، كالخوف على المال عند ربه من ظالم . والتحريم ، كالمال المغصوب يحرم قبوله ، لأن فى إمساكه إعانة على عدم رده لمالكه .

والأصل فى مشرعيتها قوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا ﴾ [النساء : ٥٨] وقوله ﷺ : « أَدِّ ٱلأَمَانَةَ لِمَنِ ٱئْتَمَنَكَ ، وَلَا تَخُنْ مَنْ خَانَكَ » [١] رواه الترمذى .

قوله : (وحكمها الإباحة الخ) لا يخفى أن سياق ما يأتى يؤذن بأن الإباحة من حيث القبول ، أى : فيباح للمودع أن يقبل الوديعة ، وظاهره استواء الطرفين ، والظاهر : أنه مندوب ، لأنه قضاء حاجة له . نعم الإباحة ظاهرة فيه ، وقد يعرض لها الوجوب من جانبه . فتدبر .

قوله : (كالخوف الخ) الوجوب متعلق بقبولها لا بفعلها ، إلا أن يفرض فى مال لو تركه لخشى ضياعه ، أو ضياع عياله .

وقوله : (يحرم قبوله) يفيد أن الحرمة ليست متعلقة بنفس الإيداع بل بالقبول ، مع أنها متعلقة أيضا بنفس الإيداع ، إلا أن يقال : حرمة الإيداع لا تتوهم ، ومحل كونه يحرم قبوله إذا كان لا يقدر على جحدها ليردها لربها أو للفقراء ، إن كان المودع - بالكسر - مستغرق الذمة لأن عياضا ذكر أن من قبل وديعة من مستغرق الذمة ، ثم ردها إليه يضمنها للفقراء .

وقد يعرض لها الندب حيث يخشى ما يوجبها دون تحقق .

وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحقق .

قوله : (إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها) [٢] كان عثمان بن طلحة سادن الكعبة ، وقد أخذ النبى عليه الصلاة والسلام مفتاحها ، فلما نزلت أمر عليا أن يرده ، وقال : لقد أنزل فى شأنك قرآن وقرأ علىّ فأسلم - فأخبره جبريل أنها فى أولاده أبدا - فإن قلت : إذا كانت واردة فى شأن ذلك فما وجه الاستدلال ؟ قلنا : العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب ، وأداء الأمانة من علامات الإيمان ، ومن عمل المؤمنين ، وأما الخيانة فهى من علامات النفاق ، وعمل الفساق .

قوله : (أدّ الأمانة لمن ائتمنك ولا تخن من خانك) اعلم : أن الراجح أن من أودع عند

---

(١) الترمذى باب ما جاء أن العارية مؤداة : ١٦٤/١ وقال حسن غريب .

(٢) أسباب النزول لأبى الحسن على بن أحمد الواحدى النيسابورى ص ١١٦ طبع مصر ١٣١٥ .

وأركانها ثلاثة : المودِع – بكسر الدال – والمودَع – بفتحها – والشيء المودَع . وشرط الأولين كالوكيل والموكل ، فمن صح منه أن يوكل غيره ، صح منه أن يودع غيره ؛ وكل من صح منه أن يتوكل ، صح منه أن يكون أمينا لغيره فى حفظ الوديعة . وأما الثالث ، فقال فى الجواهر : رد الوديعة واجب مهما طلب المالك وانتفى العذر ، إلى أن قال : قال في الكتاب : يصدق فى رد الوديعة والقراض إليك ،

شخص وديعة ، أى : أو باعه شيئا ، أو اشترى منه شيئا ، أو عامله فى شيء من الأشياء ، فخانه فيه أو فى بعضه ، ثم إن هذا الخائن أودع وديعة عند صاحبه الأول ، أو باع منه أو اشترى ، فإنه يجوز له أن يأخذ من هذه الوديعة ، أو مما عامله فيه نظير ما ظلمه الأول فيه ، ولا يعارض ذلك الحديث ، لأن معناه لا تأخذ أزيد من حقك ، فتكون خائنا ، وأما من أخذ حقه فليس خائنا .

فإن قلت : إن الآية والحديث منطوقهما وجوب رد الأمانة ، والاستدلال على أصل الإيداع ، فأين المطابقة بين الدليل والمدلول ؟ قلنا : لعل وجه الاستدلال أن رد الأمانة فرع الإيداع ، ولم ينه النبى صلى الله تعالى عليه وعلى آله وسلم عن الإيداع فدل على جوازه . فتأمل .

قوله : (فمن صح منه الخ) الذى يصح منه أن يوكل العاقل بالبالغ الرشيد إلا الصغيرة فى لوازم العصمة ، والذى يصح منه أن يتوكل هو المميز على ما قال ابن رشد وحكى عليه الاتفاق ، وخالفه اللخمى ، وقال : لابد أن يكون بالغا رشيدا ، ووافقه القرافى ، وابن الحاجب ، وابن عبد السلام ، وذكره خليل فى توضيحه ؛ وقال ابن عرفة : وعليه عمل بلدنا ، لكن يرد على ذلك العبد المأذون له فى التجارة ، فإنه يقبلها ولا يتوكل ؟ والجواب : أن معنى الكلام : أن من فيه أهلية التوكيل والتوكل ، فيه أهلية الإيداع والقبول ، ولا يلزم العكس .

وأما الصبى ، والسفيه ، فلا يودعان ولا يستودعان ، لكن إن أودعاك شيئا وجب عليك – يارشيد – حفظه . وأما إن أودعت عندهما ، فأتلفا أو فرطا لم يضمنا ، وإن بإذن أهلهما .

ولا يخفى ظهور قول الشارح على قول اللخمى ، لا على قول ابن رشد ، على ما قررنا من أن الصبى والسفيه لا يستودعان .

بقى الكلام على الصيغة ، فقيل : شرط ، وقيل : ركن ، وهى : كل ما يفهم منه طلب الحفظ ولو بقرائن الأحوال ، ولا يتوقف على إيجاب وقبول باللفظ حتى لو وضع شخص متاعه عند جالس رشيد بصير ساكت ، وذهب الواضع لحاجته ، فإنه يجب على الموضوع عنده

إلا أن يقبض ذلك ببينة ، فلا يبرأ إلا ببينة . وهذا هو معنى قولَ الشيخ : (وَالْمُودَعُ) بفتح الدال (إِنْ قَالَ رَدَدْتُ ٱلْوَدِيعَةَ إِلَيْكَ صُدِّقَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَبَضَهَا بِإِشْهَادٍ) فلا يبرأ إلا بإشهاد على ردها ، لأنه حين أشهد عليه لم يكتف بأمانته ، ولابد أن تكون البينة مقصودة للتوثق ، وبذلك قيد غير واحد المدونة ؛ أما إذا دفعها بمحضر شهود ، ولم يشهد عليها ، فليس بشهادة حتى يقول : اشهدوا بأنى استودعته كذا وكذا ، وظاهر قوله : صدق ، أنه لا يمين عليه ، وعَزَوْا للمدونة اليمين ، وعليه قرر ك فقال : يريد ويحلف كان متهما أم لا ، قاله عبد الحق : وظاهر المختصر أن غير

المتاع حفظه ، بحيث إن فرط فى حفظه حتى ضاع ضمنه ، لأن سكوته رضا منه بالإيداع عنده ، وأما الأعمى فلابد أن يضع يده عليها حتى يضمن .

قوله : (حتى يقول : اشهدوا) هذا بيان لمعنى قصد التوثق ، وفى بعض التقارير أن المراد بقصد التوثق : أن يقصد بالإشهاد عليه عدم قبول دعواه الرد بمجردها قاله **عج** وكذا فى بعض شراح العلامة خليل ، وهو الظاهر .

قلت : وعليه فظاهر المصنف وغيره : أنه يكفى فى كونها مقصودة للتوثق قصد المودع - بالكسر - ولا يتوقف على فهم المودَع - بالفتح - أن المودع - بالكسر - أشهد تلك البينة بقصد التوثق ، وأنه يصدق فى قصده . وفى الحطاب : أنه يشترط فى كونها للتوثق علم المودع - بالفتح - أن المودع - بالكسر - قصد بها التوثق اهـ .

وكلام بعض يؤذن باعتماده حيث اقتصر عليه ؛ وأما البينة التى أشهدها المودع على نفسه بذلك فكالعدم ، ويقبل دعواه الرد . وأما إن كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته ، أو يقول المودع أخاف أن يقول هى سلف ، فأشهد أنها وديعة وما أشبه ذلك مما يعلم أنه لم يقصد بها التوثق ، فإنه يصدق فى دعواه الرد .

ومفهوم قول المصنف : رددت الوديعة إليك ، أنه لو قال رددتها لولدك لا يصدق ، لأن دعوى الرد لليد التى لم تدفع لا تنفع .

وضابط تلك المسألة : أن صاحب اليد المؤتمنة إذا كانت دعوى الدفع منه لليد التى استأمنته ، فإنه يصدق سواء كانت دعوى الدفع منه ، أو من وارثه على ذى اليد التى ائتمنه ، أو وارثه وفيما عدا ذلك الضمان .

قوله : (كان متهما أم لا) المتهم هو : من يشار له بما ادعى عليه به من التساهل فى الوديعة .

قوله : (وظاهر المختصر) فيه نظر ، إذ لم يذكر حلف المتهم فى هذا ، وإنما ذكره فى عوى التلف .

المتهم لا يحلف (وَإِنْ قَالَ) المودَع - بفتح الدال - (ذَهَبَتْ) بمعنى تلفت الوديعة (فَهُوَ مُصَدَّقٌ بِكُلِّ حَالٍ) قبضها بإشهاد أو لا ، ويحلف المتهم دون غيره على المشهور ، وقوله : (وَالْعَارِيَةُ لَا يُصَدَّقُ فِي هَلَاكِهَا فِيمَا يُغَابُ عَلَيْهِ) تكرار ، لأنه داخل فى قوله : والعارية مؤداة ، كرره ليفرق بين العارية والوديعة .

(وَمَنْ تَعَدَّى عَلَى وَدِيعَةٍ ضَمِنَهَا) وأوجه التعدى أشياء كثيرة ، منها : الإيداع

وحاصل المسألة : أنه يحلف فى دعوى الرد كان متهما أم لا ، كانت دعوى تحقيق أو اتهام ، فإن نكل المودع - بالفتح - حلف المودع - بالكسر - عند دعوى التحقيق كان متهما أم لا ، فإن لم تكن دعوى تحقيق غرم بمجرد نكوله .

قوله : (ذهبت بمعنى تلفت) أى : أو ضاعت بغير تقصير منى ، وأما لو هلكت بتقصير ، فإنه يضمن لوجود حفظها عليه بمجرد قبولها ، ولو أذن له ربها فى إتلافها ، أو كان المودع - بالكسر - صبيا ، أو سفيها ، ونظير ذلك فى الضمان مع الإذن من قال لآخر : اقتلنى ، أو اقتل ولدى بخلاف ما إذا قال له : احرق ثوبى أو اقطع يدى فلا ضمان مع الإذن .

والفرق بين ما ذكر وبين الوديعة أن الوديعة التزم حفظها بمجرد قبولها فلا يسقط عنه الإذن .

قوله : (قبضها بإشهاد أو لا) كانت مما يغاب عليها أو لا ، وكذا لو قال : لا أدرى متى تلفت ، أو قال : ضاعت من سنين وكنت أرجوها ، ولو كان صاحبها حاضرا فلا ضمان فى ذلك .

قوله : (ويحلف المتهم دون غيره) وقيل يحلف المتهم وغيره ، وصدّر به ابن عمر ، قاله تت . وعلى المشهور فنقول : محل كونه لا يحلف إلا المتهم إذا لم تكن الدعوى دعوى تحقيق ، وأما دعوى التحقيق فلا فرق بين متهم وغيره ، وغرم بمجرد النكول فى دعوى الاتهام القاصرة على المتهم ، وبعد حلف المودع - بالكسر - فى دعوى التحقيق التى ليست قاصرة على المتهم .

قوله : (لأنه داخل فى قوله) قد يقال هو عينه ، فتأمل .

قوله : (منها الإيداع عند الغير لغير عذر الخ) أى : إذا أودعها عند غيره فى حضر أو سفر من غير ضرورة فضاعت أو تلفت ، فإنه يضمنها وإن كان قد أخذها فى سفر ، وإن كان الغير أمينا إذ لم يرض ربها إلا بأمانته ، وإنما بالغنا فى السفر لئلا يتوهم أنه لما قبلها فى السفر كان هذا مظنة الإذن فى الإيداع .

عند الغير ، لغير عذر فى السفر والحضر ، والسفر بها من غير عذر ، والانتفاع بها فتهلك ، وإليه يشير قول الشيخ : (وَإِنْ كَانَتْ) الوديعة (دَنَانِيرَ أَوْ دَرَاهِمَ) مربوطة أو مختومة ، فتسلفها أو بعضها (فَرَدَّهَا) مثلها (فِى صُرَّتِهَا ثُمَّ هَلَكَتْ)

ومحل الضمان على المودع إذا أودعها لغير زوجته ، أو أمته ، وأما إذا أودعها لزوجته أو أمته المعتادين للإيداع بأن تطول إقامتهما عنده ، ويثق بدفع المال إليهما فضاعت فلا ضمان ، وإن كانتا غير معتادتين للإيداع بأن أودعها عند زوجته بأثر تزويجها ، أو عند أمته بأثر شرائها ، أو لم يثق بدفع المال لهما ، فإنه يضمن إذا تلفت أو ضاعت ؛ ومثله عبده وأجيره الذى فى عياله .

ويصدق فى الدفع لمن ذكر ، وحلف إن أنكرت الزوجة الدفع إن اتهم ، وقيل مطلقا . فإن نكل غرم إلا أن يكون معسرا فللمودع – بالكسر – تحليفها كانت موسرة أو معسرة .

وقوله : (لغير عذر) وأما لو كان لعذر كأن انهدم منزله ، أو زاد على ما علم ربها فلا ضمان عليه إذا تلفت أو ضاعت ، ومن العذر الجار السوء ، ويجب عليه الإشهاد بالعذر بل يجب أن يشهدهم على عين العذر بل لو شهدوا على عين العذر بلا إشهاد لكفى .

وقول الشارح : (ومنها) أى : ومنها أنه يضمنها إذا نسيها فى موضع إيداعها وأولى فى غيره فضاعت .

قوله : (مربوطة أو مختومة) لا يشترط ذلك .

قوله : (فرد مثلها) هذا التقدير مستفاد من قول المصنف فردها .

قوله : (ثم هلكت) أى : كلها أو بعضها ، كما هو ظاهر كلامه ، وهو كذلك ، قاله تت .

وقوله : (فرد مثلها) أى : ادعى رد مثلها ، وأنت خبير من كلام الشارح أن المشهور عدم الضمان ، إلا أن محله حيث كان تصرفه فى الوديعه مكروها ، أخذ الوديعة ببينة من ربها أو لا ، بأن كان مليا حين تصرف فيها ، وكانت من المثليات والإحرم إلا بإذن من ربها فجائز .

فتبين أن التصرف فى الوديعة على ثلاثة أقسام : جائز ، ومحرم ، ومكروه . وإذا ادعى الرد لموضعها فيصدق فى المكروه ، ولا يصدق فيما عداه إلا ببينة تشهد على ردها ليد صاحبها ؛ ولا يكفى شهادتها على ردها لموضعها لأنها صارت كالسلف الحقيقى ؛ ويدخل فى المعدم من عنده مثل الوديعة ، أو ما يزيد عليها بيسير ؛ وينبغى أن يكون مثله سيئ القضاء ، والظالم ، ومن ماله حرام .

الوديعة (فَقَدِ ٱخْتُلِفَ فِي تَضْمِينِهِ) فقيل : عليه الضمان ، لأنه متعد في حلها ، وقيل : لا ضمان عليه ، وبه أخذ ابن القاسم وغيره وشهر ، قال فى التوضيح : وعليه فلا يصدق إلا بيمين (وَمَنِ اتَّجَرَ بِوَدِيعَةٍ فَذَلِكَ مَكْرُوهٌ وَالرِّبْحُ لَهُ) لأنه ضامن ، وقوله : (إِنْ كَانَتْ عَيْناً) قيد فى قوله : فذلك مكروه ، تقدير كلامه : ومن اتجر بوديعة فذلك مكروه إن كانت عينا ، قاله ق : وقال أيضا : قوله : إن كانت عينا ، ليس بشرط ، وكذلك إن كانت عرضا ، إذ لا يكون أسوأ حالا من

والحاصل : أن محل كراهة المثلى ، وحرمة المقوم والمعدم ، حيث جهل حال المودع - بالكسر - وأما إن أباح له ذلك ، أو كان المودع - بالفتح - يعلم سماحته بذلك فهو جائز فى الجميع ، وأما لو منعه من ذلك ، أو كان المودع - بالفتح - يعلم كراهته لذلك فهو ممنوع فى الجميع .

قوله : (وعليه فلا يصدق إلا بيمين) بأن يحلف أنه رد ما تسلفه إلى محله ، فإن نكل لم تقبل دعواه الرد .

تنبيه : ليست الصرة شرطا ، والمضمون هو المثل إذا كانت مثلية ، والقيمة إذا كانت مقومة ، والضامن : الحر ، الرشيد ، وكذا العبد المأذون له فى التجارة فى ذمته من صدقة أو هبة ، لا من خراج وكسب ، وكذا غير المأذون وقبل الوديعة بغير إذن السيد ، فتكون فى ذمته إذا أعتق لا فى رقبته إلا أن يسقط عنه سيده ضمانها ، بأن يقول : أسقطتها عن عبدى فلا يتبع ولو أعتق . فلا ضمان على صبى ، وسفيه ، ولو قبلا بإذن وليهما ، إلا أن يصونا بهما مالهما فيضمنان الأقل من قيمتها ومما صونا ، لا إن تلف ما صوناه واستفادا غيره .

قوله : (قيد فى قوله فذلك مكروه) الصواب : أن التجارة بالوديعة مكروهة كانت مما يحرم تسلفها أو يكره . والفرق بين السلف والتجر : أن المتسلف قصد تملكها وأن يصرفها فيما يصرف فيه ماله ، والتجر إنما قصد تحريكها .

وقوله : (والربح له) أى : والخسارة عليه .

قوله : (إذ لا يكون أسوأ الخ) قضية كلامه : أن تجارة الغاصب بالوديعة إذا كانت عرضا مكروهة ، فإذا كان الغاصب يكره له ذلك فأولى المودع ، أىْ من حيث انتفاء الحرمة . وأنت خبير بأنه إذا كان الوصى يحرم عليه التجر بمال الصبى لنفسه ، فأولى الغاصب ، فهذا التعليل لا يظهر إلا باعتبار أن الغاصب إذا اتجر بالدنانير - مثلا - وتحصل منها ربح فهو له ، فإذا كان الغاصب له الربح فأولى المودع ، فتدبر .

الغاصب . وقوله : والربح له ، مسألة ثانية (وَإِنْ بَاعَ) المودع (الْوَدِيعَةَ وَهِىَ عَرْضٌ فَرَبُّهَا مُخَيَّرٌ فى) أخذ (الثَّمَنِ) الذي باعها به (أَوْ) فى أخذ (الْقِيمَةِ يَوْمَ التَّعَدِّى) هذا إذا فاتت السلعة ، وأما إن كانت قائمة فإنه يخير فى أخذها ، أو الثمن الذي بيعت به .

ثم انتقل يتكلم على اللقطة ، فقال : (وَمَنْ وَجَدَ لُقَطَةً) – بضم اللام وفتح القاف – ما يلتقط (فَلْيُعَرِّفْهَا) وجوبا ، لأمره عليه الصلاة والسلام بذلك ،

قوله : (هذا إذا فاتت الخ) **الحاصل** : أنه عند الفوات يجب له الأكثر من الثمن أو القيمة ، وعند القيام أخذ الثمن أو رد البيع ، وكذا كل متعد بالبيع على سلع غيره ولو غاصبا ، ومحل تخيير صاحب الوديعة فى الإجازة والرد ما لم يحضر عقد البيع ، أو يبلغه البيع ويسكت مدة بحيث يعد راضيا وإلا لزمه البيع وأخذ ما بيعت به قليلا أو كثيرا .

قوله : (ثم انتقل يتكلم على اللقطة) الالتقاط وجود الشىء من غير طلب ، وعرفها ابن عرفة بقوله : مال وجد بغير حرز محترما ، ليس حيوانا ناطقا ولا نعما بل عينا أو عرضا أو رقيقا صغيرا ، وجدت فى العمارة ، أو الخراب ، أو ساحل البحر ، وعليها علامة الإسلام لا نحو عنبر فلواجده . خرج بقوله : مال ، اللقيط . وخرج بقوله : محترم ، مال الحربى ، فليس بلقطة بل إما فىء أو غنيمة ؛ وخرج الآبق ، وهو الرقيق الكبير ، فلا يقال له لقطة ، كما خرج الإبل والبقر ، فإنه يسمى ضالة . فالمعرض للضياع أربعة : لقطة : ولقيط ، وآبق ، وضالة . فاللقطة تقدم حدها . وأما اللقيط فهو : صغير آدمى لم يعلم أبواه ولا رقه ، أما لو علم رقه ، فإن كان صغيرا فهو لقطة ، وإلا فهو آبق ، وحده : رقيق كبير محترم وجد بغير حرز . والضالة : نَعَم محترم وجد بغير حرز .

قوله : (ومن وجد) أى : من المكلفين .

قوله : (بضم اللام الخ) وفيها ثلاث لغات أخر : لقطة – بسكون القاف – ولقاطة – بضم اللام – ولقاطة – بفتح اللام والقاف .

قوله : (فليعرفها وجوبا) أى : على الفور ، فلو توانى حتى ضاعت ، ثم جاء ربها ضمنها قاله تت ولو أقل من سنة .

قوله : (لأمره عليه الصلاة والسلام) أى : ففى الموطأ أَنَّ رَجُلاً جَاءَ إِلَى رَسُولِ اللهِ

بنفسه إلا أن يكون مثله لا يعرف ، فيستأجر منها (سَنَةً) عقب الالتقاط ، ظاهره : ولو كانت لقطة مكة ، وهو كذلك على المذهب ، للعمومات الواردة فى اللقطة ، وقيل : تعرف لقطتها أبدا ، لقوله ﷺ : « لَاتَحِلُّ سَاقِطَتُهَا إِلَّا لِمُنْشِدٍ » (١) أَوَّلَهَ القرافي : بأنها لا تحل لمن يريد أن يتملكها دون تعريف بل لا تؤخذ إلا لصاحبها ، أى : لتعرف له .

والتعريف يكون فى كل يومين أو ثلاثة مرة ؛ والتعريف سنة مختص بالكثير ، وأما التافه كالعصا والسوط فلا يعرف ؛ وما فوق التافه ودون الكثير كالدلو ، يعرف

صلى الله تعالى عليه وعلى آله وسلم فَسَأَلَهُ عَنِ ٱللُّقَطَةِ فَقَالَ « اِعْرِفْ عِفَاصَهَا وَوِكَاءَهَا ثُمَّ عَرِّفْهَا سَنَةً » (٢) الخ ، ما ذكر فى الحديث .

قوله : (بنفسه الخ) **حاصله** : أنه إن كان مثله يعرف ، فإما أن يعرف ، أو يستأجر من عنده من يعرف ، وأما إذا كان مثله لا يعرف فإنه يستأجر منها ، وإذا دفعها لمن يثق به وضاعت لا ضمان عليه ، فليست كالوديعة يضمنها بدفعها لغيره لغير عذر ، لأن اللقطة لم يأمنه ربها عليها بخلاف الوديعة .

قوله : (إلا لمنشد) أى : من يريد تعريفها .

قوله : (أوله القرافى) سبب تنبيه الشارع على خصوص لقطة مكة ، مع أن هذا الحكم عام حتى فى غيرها : أن لقطة مكة توجد كثير فى الحرم عند اجتماع الناس من كل قطر ، والغالب أن الذى قطره بعيد لا يمكنه الرجوع مرة أخرى ، فعند ذلك يكثر أخذها بنية التملك ، فنبه عليه الصلاة والسلام على أنه لا يجب أخذها بهذا القصد ، وإن كان غيرها كذلك .

قوله : (والتعريف يكون فى كل يومين أو ثلاثة) هذا إذا تقادم الزمان ، وإلا فالتعريف إثر الالتقاط فى كل يوم .

قوله : (وأما التافه الخ) أى : الذى لا تلتفت إليه النفوس ، وهو ما دون الدرهم الشرعى ، كما قاله أبو الحسن شارح المدونة ، قاله : **عج** .

---

(١) البخارى كتاب الجنائز ١٨٠/١ وفى اللقطة : ٣٢٨/١ طبع الهند مسلم باب تحريم مكة ٤٣٧/١ الهند ابن ماجه ١٠٣٨/٢ .

(٢) الموطأ : ٧٥٧/٢ . البخارى ٣٢٨/١ . مسلم : ٧٨/٢ ، أبو داود : ١٨٣/٢ ، ١٨٤ ابن ماجه : ٨٣٨/٢

سنة ، على قول ، ودون السنة على آخر . وإن كان الملتقط مما يفسد بالتأخير كاللحم والفاكهة ، فيأكله ولا يعرفه .

والتعريف يكون (بِمَوضِعٍ يَرْجُو التَّعْرِيفَ بِهَا) وهو الموضع الذي التقطت فيه ، وأبواب المساجد ؛ وإذا عرفها لا يذكر جنسها بل يقول من ضاع له شيء (فإنْ

قوله : (ودون السنة على آخر) وهو الراجح ، فالراجح أن ما فوق التافه ودون الكثير كالدلو ، والدريهمات ، والدنانير ، يعرف أياما هى مظنة طلبه ، ولا يعرف سنة ، وعليه الأكثر ، واستظهره خليل فى توضيحه ، كما ذكره بعض شراحه .

قوله : (فيأكله ولا يعرفه أصلا) ولا استيناء كما هو ظاهر كلام ابن عرفة ؛ وقال الزرقانى : ينبغى الاستيناء بأكله يسيرا لاحتمال إتيان صاحبه ، ولا ضمان عليه ، أكله ، أو تصدق به ، كان فى الحضر أو السفر على المعتمد ؛ وهذا إذا لم يكن له ثمن ، فإن كان له ثمن بيع ولا يأكله ، ووقف ثمنه كما فى عج .

قوله : (يرجو التعريف) أى : ثمرة التعريف وهو الموضع الذى التقطت فيه ، وتعرف بالبلدين إن وجدت بينهما .

قوله : (وأبواب المساجد) لأن التعريف لا يكون فى نفس المسجد للنهى عن ذلك ، وإذا وجدت بقرية من قرى أهل الشرك ، فالأفضل له دفعها لعالم أهل الذمة ، فإن عرفها بنفسه لم يأثم .

قوله : (لا يذكر جنسها) وأولى النوع ولا ما يؤدى لمعرفتها .

تنبيه : تكلم المصنف على التعريف ، ولم يتكلم على الالتقاط . **وحاصله** : إن علم خيانة نفسه حرم عليه الالتقاط مطلقا ، وإن شك فيها كره كذلك ، وإن علم أمانة نفسه فيجب إن خاف الخائن ، وإلا كره .

وفائدة الوجوب : أنه لو تركها ، أوردها بعد أخذها للحفظ وضاعت ، فإنه يضمنها .

وفائدة الحرمة : أنه إن أخذها يضمنها إن تلفت .

وأما فى المكروه ، فلا يضمنها بتركها ، وإنما يضمنها إذا أخذها وردها لموضعها بعد مدة طويلة وضاعت .

ولو ضاعت عند الملتقط زمن تعريفها لا ضمان عليه إلا إذا تعدى أو فرط فى حفظها ،

تَمَّتْ سَنَةٌ وَلَمْ يَأْتِ لَهَا أَحَدٌ فَإِنْ شَاءَ حَبَسَها وَإِنْ شَاءَ تَصَدَّقَ بِهَا) عن نفسه أو عن ربها ، ظاهره : التسوية بين حبسها والتصدق بها ، ولم يذكر التمليك ، لما قاله ابن عبد السلام : نصوص المذهب على مرجوحية التمليك ، وربما وقع المنع من ذلك ، لأن المراد من التمليك : أن يتصرف فيها ، وفى التوضيح : والذي يقتضيه قول ابن القاسم في المدونة : أن له أن ينتفع بها غنيا كان أو فقيرا (وَ) إذا تصدق بها

كما – إذا أخذها ليتملكها – فإنه يخاطب بضمانها بمجرد وضع يده عليها لشبهه بالغاصب ، فلو تنازع مع ربها بعد ضياعها أو تلفها بغير تفريط ، وادعى أنه أخذها ليعرفها ، وادعى ربها أنه أخذها بقصد تملكها ، فالقول قول الملتقط لأنه أمر لا يعلم إلا منه .

قوله : (سنة) أى : أو أياما فيما يعرف أياما .

قوله : (فإن شاء حبسها) أى : بعد تلك المدة محل التخيير المذكور ، إذا كان الملتقط غير الإمام ، وأما لو كانت اللقطة بيده ، فليس له إلا حبسها لربها ، أو بيعها وحبس ثمنها فى بيت المال لربها ، ولا يجوز له التصدق بها ولا تملكها . والفرق بينه وبين غيره مشقة تخليص ما فى ذمة الإمام بخلاف غيره .

قوله : (مرجوحية التمليك) يحتمل الكراهة ، ويحتمل خلاف الأولى ، قال بعضهم : والأول الذى هو الكراهة ظاهر المدونة .

وقوله : (وربما وقع المنع من ذلك) أى : ربما وقع فى كلام أهل المذهب المنع من التمليك .

وقوله : (والذى يقتضيه) وهو الراجح ، فظهر أن الأقوال ثلاثة : الكراهة ، والمنع ، والإباحة ، الذى يقتضيه قول ابن القاسم فى المدونة ، كما هو المتبادر من قوله : أن له أن يستمتع ، ومن قوله فى الحديث : شأنك بها بعد السنة ، ولم يفرق بين غنى وفقير .

قوله : (وإذا تصدق بها) أى : عن نفسه أو عن ربها ضمنها لربها إن جاء ، أى : وفاتت على ما نفصل . **فنقول** . حاصله : أن رب اللقطة لو جاء ووجدها بيد المسكين أو مبتاع منه فله أخذها وله تضمين الملتقط القيمةَ يوم التصدق بها ، هذا إذا تصدق بها عن نفسه دخلها نقص أم لا ، أو عن ربها ودخلها نقص مفسد ، لأنه بتصدقه بها ضمنها ، وأما عن ربها ولم يدخلها نقص مفسد فيتعين أخذها .

وإذا أخذ من الملتقط القيمة فللملتقط الرجوع على المسكين بعين اللقطة ، أو بما بقى

(ضَمِنَهَا لِرَبِّهَا إِنْ جَاءَ) وإن وجدها قائمة ، أخذها . ق : أجمل المصنف في هذه المسألة ، لأنه لم يبين هل يتصدق بها عن نفسه أو عن صاحبها ؟ وهل وجدها قائمة أو فائتة ؟ وهل وجدها فى يد الملتقط أو المسكين ؟ إلى آخر ما ذكر ، انظر بقيته فى الأصل (وإن انْتَفَعَ) الملتقط (بِهَا) أى : باللقطة (ضَمِنَهَا وَإِنْ هَلَكَتْ قَبْلَ السَّنَةِ أَوْ بَعْدَهَا بِغَيْرِ تَحْرِيكٍ) أى : تعد (لَمْ يَضْمَنْهَا) لأنها أمانة عنده ، مفهومه : لو تعدى عليها ضمنها .

منها إلا أن يتصدق الملتقط بها عن نفسه ، فلا رجوع له على المسكين بشيء ، وأما لو وجدها فاتت بيد المسكين ، لم يرجع عليه الملتقط بما غرمه من قيمتها لربها .

فقول الشارح : وإن وجدها قائمة ، أى : بيد المسكين أو بيد من اشتراها منه ، أخذها ، أى : يتعين أخذها ، أو له أخذها ، وله أخذ قيمتها – على التفصيل الذى قررناه .

قوله : (وهل وجدها فى يد الملتقط) قد علمت مما قررنا : أن الكلام مفروض فيما إذا خرجت عن يد الملتقط ، كما هو مفاد قوله : وإذا تصدق ، أى : خرجت من يده ، فتأمل تفهم .

وأما لو وجدها بيد الملتقط ، فتارة يجدها بحالها ، وتارة يجدها تغيرت بنقص ، وتارة يجدها فاتت .

وحاصلها : أنه إذا نوى تملكها بعد السنة ، ثم وجدها ناقصة بغير سماوى ، أى : باستعمال الملتقط فلربها أخذها ، أو قيمتها يوم نوى التملك ، وإلا فليس له إلا أخذها ، كما إذا كانت باقية بحالها ، فإن نوى التملك قبل السنة . فهو كالغاصب يضمن السماوى ، وأما لو نقصت قبل نية التملك ، وقبل السنة ، أو بعد السنة وقبل نية التملك ، فليس له إلا أخذها فقط . وظاهره : ولو نقصت بسبب استعماله ، وهو كذلك على أحد قولين .

قوله : (وإن انتفع الملتقط بها) أى : فى غير ركوبها لموضعه وتلفت ، وأما لو لم يحصل تلف ، فإنما يلزمه كراؤها لمالكها إن كان مثله يكرى الدواب .

وقولنا : أى : فى غير ركوبها لموضعه ، وأما ركوبها من موضع الالتقاط إلى منزله فيجوز ، وإن لم يتعذر أو يتعسر قودها عليه ، فتأمل تدرك .

قوله : (أى تعد) أى : وأما لو تعدى ، فهو ما أشار إليه بقوله : وإن انتفع ، وفسر التحريك بالتعدى ، إشارة إلى أنه ليس المراد مطلق تحريك ، إذ قد يكون التحريك مأذونا فيه للعلف .

(وَإِذَا عَرَفَ طَالِبُهَا) أى : اللقطة (الْعِفَاصَ) – بكسر العين ، وبالفاء والصاد المهملة – وهو الوعاء الذي تكون فيه النفقة ، جلدا كان أو غيره (وَ) عرف (الوِكَاءَ) بالمد ، وهو الخيط الذي يشد به الوعاء (أَخَذَهَا) ظاهر كلامه : أنه لابد من مجموع الأمرين ، وليس كذلك ، بل لو اقتصر على أحدهما أجزأه ، لأنه قد ينسى الآخر ، وظاهر كلامه أيضا : أن الدنانير والدراهم لا يشترط معرفة عددها ، وهو كذلك عند أصبغ ، واعتبر ذلك ابن القاسم وأشهب ؛ وظاهره أيضا أنه لا يفتقر إلى يمين ، وهو المشهور .

قوله : (بل لو اقتصر على أحدهما أجزأه) أى : أنه إذا اقتصر على أحدهما فإنها تدفع له بعد الاستيناء مدة باجتهاد الإمام ، ولا تدفع عاجلا ، فقول الشارح : لأنه قد ينسى الآخر ، أى : وقد لا ينساه ، ويكتفى بذكر واحد ، فيعطى حكمه من كونها تدفع له بعد الاستيناء ، فإن أثبت غيره أكثر منه أخذها . وأما إذا وصف اثنين فلا يستأنى بها وتدفع له عاجلا ، وأما لو عرف العفاص وغلط فى الوكاء أو عكسه ، فإنه لا يكفى ولا تدفع له .

قوله : (وظاهر كلامه أيضا أن الدنانير والدراهم لا تشترط) أى : أن من عرف العفاص والوكاء وجهل عددها ، فلا يضر وتدفع له – كما فى شرح خليل – بل لو عرف أحدهما وجهل العدد ، فإنها تعطى على ما تقدم ، وكذا إذا أخبر بالزيادة لا يضر وفى غلطه بالنقص قولان ، وفى غلطه فى صفة الدنانير لا شيء له بلا خلاف ، بأن قال محمدية فإذا هى يزيدية .

قوله : (وهو كذلك عند أصبغ) وهو المعتمد .

قوله : (وظاهره أيضا أنه لا يفتقر إلى يمين وهو المشهور) أى : أن من عرف العفاص والوكاء فقط ، فإنه يأخذها بلا يمين ، ومن باب أَوْلى إذا عرف العفاص والوكاء والعدد ، فإنها تدفع له من غير يمين ، وأولى إذا قامت بذلك بينة .

ومقابل المشهور ، قول أشهب : لابد من يمين ؛ وسبب الخلاف : هل العرف ينزل منزلة الشاهدين أو الشاهد الواحد ؟ فإن قلنا كالشاهدين فلا يحتاج إلى يمين ، وإن قلنا كالشاهد فيحتاج معه ليمين ، قاله فى الذخيرة .

ولو عرف إنسان عفاصها ووكاءها ، وعرف الآخر عددها ووزنها ، فإنها تعطى لمن

وغلة اللقطة فى مدة التعريف للملتقط ، لما روي أن امرأة قالت لعائشة رضى الله عنها : إِنِّي وَجَدْتُ شَاةً فقالت لها : « عَرِّفي وَاعْلِفي وَاحْلِبِي وَاشْرَبِي » .

وَلاَ يَأْخُذُ الرَّجُلُ ضَالَّةَ الإِبِلِ مِنَ الصَّحْرَاءِ) ع : هذا إذا كانت مأمونة من السباع ، واللصوص ، وغير ذلك ؛ أما إذا كانت حيث لا يؤمن عليها ، فإنها تؤخذ ، وقيل : لا يأخذها مطلقا انتهى وقال ج : ظاهر كلام المصنف : أنه يلتقطها إذا وجدها فى غير الصحراء ، وهو واضح ، لأن وجود ربها فى غير الصحراء أسهل ، فليلتقطها ليحفظها له حتى يجده عن قريب ، بخلاف ما إذا وجدها فى الصحراء ،

عرف العفاص والوكاء بعد يمينه ، ويقضى لمن عرف العفاص والعدد على من عرف العفاص والوكاء بيمين ، فيما يظهر . كما أن الظاهر : أن من عرف أوصافا يقوى بها الظن على من عرف أوصافا يحصل بها ظن دونه بيمين .

وكذا يقضى لمن عرف العفاص وحده بيمين على من عرف العدد والوزن . ولو وصفها ثان مثل الأول فإن كان الأول لم ينفصل بها حلفا ، وقسمت بينهما ، بخلاف ما لو انفصل بها انفصالا بينا بحيث يمكن وصول العلم للثانى من الأول ، فإنها تكون للأول .

قوله : (وغلة اللقطة الخ) أى : من لبن ، وجبن ، وسمن ، وزبد ، وظاهر عبارته : ولو زادت الغلة على قدر قيامه ، وهو ظاهر العلامة خليل ، وهو الموافق لرواية ابن نافع ، وقيد ابن رشد المسألة بأن له قدر قيامه ، والزائد على ذلك لقطة بخلاف صوفها ، كان تاما أو لا ، ونسلها وما زاد من كرائها على علفها ، فهو لربها . فلو أنفق عليها ولا غلة لها ، فإن صاحبها يخير فى أخذها ودفع نفقتها ، وله تسليمها للملتقط فى ذلك ولو زادت على قيمتها ، لأن ربها لا يلزمه الزائد على قيمتها ، ولو ظهر على صاحبها دين لقدم الملتقط بنفقته على ذى الدين كالمرتهن .

قوله : (هذا إذا كانت) محصل كلامه على ما فى الشارح : أن المسألة ذات قولين وكل منهما مطلق ، والراجح : أنه لا يأخذها ، ولا يراعى خوف هلاكها من جوع ، أو عطش ، أو سباع . وإما إذا خاف الخائن فإنه يلتقطها وجوبا ، فإن التقطها فى حالة كونه لم يخف الخائن ، فإنه يعرفها سنة ، ثم يتركها بمحلها .

قوله : (وهو واضح) خلافا لمن قال التقييد بالصحراء بالنظر للغائب ، ولا يلحق بضالة الإبل الخيل والحمير بل هى داخلة فى اللقطة .

فلا يتأتى له معرفة ربها إذا نقلها إلى العمارة (وَلَهُ) أي : للرجل (أَخْذُ الشَّاةِ وَأَكْلُهَا إِنْ كَانَتْ بفَيْفَاءَ) وهي الصحراء التي (لَا عِمَارَةَ فِيهَا) وكان يعسر حملها إلى العمارة ، ظاهر كلامه : ولا ضمان عليه إن جاء صاحبها – وهو كذلك – قاله مالك .

ثم انتقل يتكلم على ما تبرع به فى الباب ، فقال : (وَمَنِ اسْتَهْلَكَ عَرَضاً فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ) على المشهور ، في الموضع الذي استهلكه فيه ، سواء كان عمدا أو خطأ ، إذ العمد والخطأ فى أموال الناس سواء ، وظاهره : طائعا كان أو مكرها ، عبدا كان أو حرا – وهو كذلك – إلا أن ما استهلكه الحر يكون فى ذمته سواء اؤتمن عليه أم لا ، والعبد يضمن ما اؤتمن عليه في ذمته كالحر ، وما لم يؤتمن عليه فى

قوله : (فلا يتأتى الخ) تعليل ، أى : لأنه لا يتأتى له .

قوله : (وكان يعسر حملها) ليس بشرطٍ بل لو تيسر حملها للعمران على المعتمد ، ولا ضمان عليه إن أكلها فى الصحراء أو العمران ، لكن إن حملها مذكاة ، أو طعاما ووجده بفيفاء إلى العمران ووجده ربه فهو أحق به ويدفع له أجرة حمله ، فإن أتى به حية إلى العمران فعليه تعريفها ، لأنها صارت كاللقطة ؛ كما إذا وجدها بقرب العمارة ، أو اختلطت بغنمه فى المرعى .

وسكت عن البقر ، وحكمه : إذا كانت بفيفاء ، وخاف عليها السباع ، أو الجوع ، أو العطش ، أو الناس ، فله أكلها عند تعسر حملها ، وأما لو تيسر سوقها للحاضرة ، فليس له أكلها ؛ فإن كانت بمحل أمن فى الفيفاء تركت بها ، فإن أخذها وجب تعريفها .

وأما الإبل ، والبقر ، والشاة ، الموجودة فى العمران فيجب التقاطها عند خوف الخائن ، كالخيل ونحوها .

قوله : (عرضا) المراد به شيئا غير المثلى .

قوله : (فعليه قيمته على المشهور) ومقابله : ما حكى الباجى عن مالك : من أن له قولا بأن جميع المتلفات مثلية ، كقول أبى حنيفة ، والشافعى .

قوله : (طائعا كان أو مكرها) لأن الضمان من باب خطاب الوضع .

قوله : (لأن ما استهلكه الحر) أى : الرشيد .

قوله : (والعبد يضمن ما اؤتمن عليه) أى : البالغ ، أى : وكذا المأذون . **ومحصله** : أن العبد المأذون له فى التجارة والمؤمن ، فإنهما يضمنان له فى ذمتهما يتبعان إن عتقا .

قوله : (وما لم يؤتمن عليه) أى : وهو غير مأذون .

رقبته ، وسواء كان بالغا أو غير بالغ ، وسواء باشر الاستهلاك أو تسبب ، على المشهور ، قاله ق . (وَكُلُّ مَايُوزَنُ أَوْ يُكَالُ) أو يعد ، مما لا تختلف آحاده كالبيض (فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ) في الموضع الذي استهلكه فيه ، هذا إذا عرفت مكيلته ، أو وزنه ؛ أما إذا استهلك جزافا ، فإنه يغرم له قيمة الصبرة بعد وصفها يوم استهلكها .

قوله : (وسواء كان) تعميم كالذى بعده فى أصل المسألة ، إلا أن غير البالغ – ومثله البالغ السفيه – محل ضمانهما إذا لم يؤمنا على ما أتلفاه ، وإلا فلا ضمان عليهما إلا أن يصونا به مالهما ، فيضمنان فى المصون فقط ، وينبغى أن يضمن الأقل منه ، ومما صون به ماله ، ولا فرق فى الصبى بين أن يكون مميزا أم لا ، إلا ابن شهر فلا ضمان عليه ، لأنه كالعجماء فى فعله . وهذا كله حيث كان له مال ، وإلا فلا يتبع بالثمن فى ذمته ، أى : فإذا أفاد مالا لم يضمن فيه بعد . وأما المجنون فلا يتصور تأمينه ، والمنقول فيما يتلفه ثلاثة أقوال : **أحدها** : أن المال فى ماله ، والدية على عاقلته . **والثانى** : أنهما هدر . **والثالث** : المال هدر ، والدية على عاقلته .

قوله : (أو تسبب) كما إذا ضرب دابة ، فأتلفت شيئا بسببه .

قوله : (مما لا تختلف آحاده) أى : وأما ما اختلفت آحاده كالعبيد والثياب ففيه القيمة .

قوله : (فعليه مثله) هذا إن وجد له مثل ، أما إن لم يوجد له مثل وعرف له مثل ، فقال ابن القاسم : يصبر إلى أوانه ويأخذ مثله ، قاله ابن عمر .

قوله : (فعليه مثله فى الموضع الذى استهلكه فيه) أى : فإذا أتلف له مثليا ، ثم وجده بغير بلده ، فليس له أن يطلب منه مثل مثليه فى ذلك المحل بل يصبر إلى بلد التلف فيوفيه المثل فيها ، بل لو غصب منه مثليا ، ثم وجده معه بعينه فى بلدة أخرى ، فإنه يصبر إلى أن يوفيه مثله فى بلد الغصب .

قوله : (إذا عرفت مكيلته) أى : أو عدده .

قوله : (أما إذا استهلك جزافا) وهو ما جهل كيله ، أو وزنه ، أو عدده .

قوله : (فإنه يغرم له قيمة الصبرة) أى : لعدم معرفة مثله ، لأن الجزاف – كالمقوم – الواجب على متلفه قيمته بعد تحريه حيث كان متلفه غير مالكه ، وأما المالك يبيع صبرة على الكيل ، ثم يتلفها قبل كيلها ، فالواجب عليه مثلها ليوفيه للمشترى .

وهنا تنبيهات حسنة مذكورة في الأصل ، منها : مما يؤخذ من قوله : فعليه مثله ، أن من استهلك لرجل طعاما فى زمن الشدة ، وطالبه به فى زمن الرخاء ، أنه لا يضمن إلا مثله دون قيمته – وهو المشهور – ومنها : ما يؤخذ من قوله : تعدى : أن مَن أذن له فى فعل شىء وأفسده ، فلا ضمان عليه ، كالبيطار فى حال علاجه ، والطبيب فى حال طبه ، والمؤدب إذا ضرب ضربا يجوز له ، ونشأ منه فساد لا شىء عليه ، وكذلك القاضي إذا حد حدا ونشأ منه فساد ، فلا شىء عليه .

ثم انتقل يتكلم على ماختم به الترجمة ، وهو : الغصب . وهو فى الاصطلاح : أخذ مال قهرا تعديا بلا حرابة .

وحكمه الحرمة ، لقوله تعالى : ﴿وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [البقرة : ١٨٨]

قوله : (أن من أذن له فى فعل شىء وأفسده) حيث كان المالك ممن يعتبر إذنه بأن كان رشيدا وإلا ضمن .

قوله : (كالبيطار) أى : فلا ضمان على واحد من هؤلاء حيث فعل كل المطلوب مع ظن السلامة .

قوله : (فى حال علاجه) احترازا عما إذا كان فى غير حال علاجه ، فهو محض تعد فتأمل .

قوله : (وهو فى الاصطلاح) وأما فى اللغة : فهو أخذ الشىء ظلما .

قوله : (أخذ مال) مخرج لأخذ الحر ، وهو من إضافة المصدر لمفعوله ، والفاعل محذوف ، أى : أخذ آدمى مالا ؛ لكن يشترط فى الآدمى أن يتناوله عقد الإسلام أو الذمة .

وقوله : (قهرا) حال مقارنة ، مخرج للخيانة والاختلاس أيضا : لأن القهر فيهما إنما يحصل بعدُ ، لا حال الأخذ . والخائن هو الذى يأتى جهرة ويذهب جهرة ، والمختلس هو الذى يأتى خفية ويذهب جهرة .

وقوله : (تعديا) أخرج به ما إذا أخذ ماله من المحارب ونحوه ، فإنه وإن كان قهرا لكنه ليس تعديا . ولما كانت هذه القيود تشمل الحرابة وتنطبق عليها أخرجها لأنها أخذ المال على وجه يتعذر معه الفوت ، فافترقا الخ .

أقول : ولا يخفى أن هذا التعريف يصدق على أخذ المنفعة على الوجه المذكور فيكون غير مانع لأن أخذها يقال له تعد لا غصب .

وغير ذلك من الآيات . وقوله ﷺ في الصحيحين : « مَنْ أَخَذَ شِبْراً مِنْ أَرْضٍ ظُلْمًا فَإِنَّهُ يُطَوَّقُهُ يَوْمَ ٱلْقِيَامَةِ مِنْ سَبْعِ أَرَضِينَ » (١) والإجماع على ذلك .

ومن أحكامه : الضمان ، وإليه أشار بقوله : (وَالْغَاصِبُ ضَامِنٌ لِمَا غَصَبَ) القرافى : وهو ، أي : الغاصب ، كل آدمى يتناوله عقد الإسلام ، أو الذمة ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « عَلَى ٱلْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُرَدَّهُ » (٢) وهو عام فيما ذكرناه ، والمشهور : أن الضمان يعتبر حالة الغصب ، إن فات المغصوب

قوله : (وغير ذلك من الآيات) أى : كقوله تعالى : ﴿ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُحِبُّ ٱلْمُعْتَدِينَ ﴾ [البقره : ١٩] .

قوله : (يطوقه) أى : بأن تمتد عنقه حتى يسلك فيها .

وقوله : (من سبع) لأن غصب شبر من الأرض العليا غصب لما حاداه مما تحتها .

قوله : (أرضين) – بفتح الراء ، وقد تسكن – أى : يوم القيامة ، فتجعل الأرض فى عنقه كالطوق ، قاله المناوى شارح الجامع .

قوله : (والغاصب ضامن الخ) أى : آيل للضمان ، لا أنه ضامن بالفعل ، بدليل قوله : فإن رد .

قوله : (كل آدمى يتناوله عقد الإسلام أو الذمة) خرج أخذ الحربى مال المسلم قهرا فلا يقال له غصب شرعا .

وقوله : (لقوله) دليل لقول المصنف ، والغاصب ضامن لما غصب .

وقوله : (على اليد ما أخذته) أى : أخذته خبر مقدم ومبتدأ مؤخر ، أى : ملزمة بدفعه إن كان باقيا أو قيمته ، أو مثله إن فات ، والمراد ذى اليد .

قوله : (وهو عام فيما ذكرناه) أى : من كل آدمى تناوله الخ .

قوله : (والمشهور أن الضمان يعتبر حالة الغصب ومقابله) ما لأشهب ، وابن وهب ، وعبد الملك : يضمن بالأكثر من يوم الغصب إلى يوم التلف ، لأنه فى كل زمن غاصب .

---

(١) البخارى مع الفتح : ١٠٣/٥ و ٢٩٢/٦ – مسلم : ١٢٣٠/٣ بإشراف محمد فؤاد عبد الباقى .

(٢) أبو داود : ٤٠١/٣ ، ابن ماجه : ٨٠٢/٢ ، الترمذى – البيوع ١٦٤/١ طبع الهند وقال : حديث حسن

فَإِنْ) لم يفت (رَدَّ) الغاصب (ذَلِكَ) المغصوب (بِحَالِهِ) إن لم يتغير فى بدنه ، ولم تحل أسواقه (فَلَا شَيْءَ) أى : لا قيمة (عَلَيْهِ) وانما يلزمه الأدب ، والتوبة ، والاستغفار من إثم الاغتصاب (وَإِنْ تَغَيَّرَ) المغصوب بنقص فى ذاته بأمر سماوى حالة كونه (فى يَدَيْهِ) أى : يدى الغاصب (فَرَبُّهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَخْذِهِ بِنَقْصِهِ) من غير أرش العيب (أَوْ تَضِمْينِهِ) أى : الغاصب (الْقِيمَةَ) يوم الغصب ، ظاهره :

قوله : (فإن لم يفت رد الخ) تقديره : لم يفت يقتضى أن الشرط محذوف ، وأن قوله : رد هو الجواب ، وحينئذ يخلو قوله : فلا شيء عليه ، عن أن يكون جوابا فلعل الشارح لاحظ عاطفا محذوفا ، أى : فإن لم يفت ورد الخ .

قوله : (ولم تحل أسواقه) المعتمد أن حوالة الأسواق لا تعتبر ، فهى كالعدم ، فلا يأخذ رب السلعة إلا سلعته فقط ، كما فى التحقيق .

قوله : (وإنما يلزمه الأدب) بمعنى أن الغاصب يجب على الحاكم تأديبه ، ولو كان صبيا ، ويسجن لحق الله باجتهاد الحاكم ، وأدب الصبى لأجل الفساد فقط ، لا لأجل التحريم ، كما يؤدب على الزنا ، والسرقة ، تهذيبا للأخلاق ، ويؤدب الغاصب ولو عفا عنه المغصوب منه ، لأنه حق الله دفعا للفساد .

قوله : (والاستغفار) عطف مرادف ، إذ الفقهاء إذا أطلقوا الاستغفار مرادهم التوبة .

قوله : (وإن تغير المغصوب) أى : تعيب .

وقوله : (المغصوب) أى : المقوم ، قاله عج ، أى : إذا تعيب المغصوب عند الغاصب بأمر سماوى – كثيراً أو يسيراً – كما إذا غصب أمة قائمة الثديين ، فانكسرا عنده ، فإنه يخير كما قال الشارح ؛ وقول عج ، أى : المقوم ، احترازا من المثلى فإنه إذا عيبه ، ومثله إذا أتلفه ، فإنه يضمن مثله ، ولو كان المثلى وقت الغصب غاليا ، ووقت القضاء به رخيصا . وأما إذا كان المثلى المغصوب موجودا ، وأراد ربه أخذه وأراد الغاصب إعطاء مثله ، فلربه أخذه .

قوله : (أو تضمينه) أو بمعنى الواو ، لأن خيّر من الأمور النسبية التى لا تكون إلا بين اثنين .

قوله : (ظاهره وإن تغير) أى : ظاهر المصنف أن التغير موجب لذلك التخيير ، ولو كان تغير سوق الخ . قد سبق أن الراجح أن تغير السوق لغو .

وإن تغير سوقه ، وهو المشهور (وَلَوْ كَانَ النَّقْصُ) فى المغصوب (بِتَعَدِّيهِ) أى : الغاصب (خُيِّرَ) المغصوب منه (أَيْضًا فى أَخْذِهِ وَأَخْذِ) أى : مع أخذ (مَانَقَصَهُ) ك : أو تضمينه القيمة يوم التعدي ، وقال ج : هذه المسألة من باب التعدي لا من باب الغصب ، ويعنى : أن من خرق ثوبا – مثلا – فأفسده إفسادا كثيرا ، أن ربه مخير فى أخذ ما نقصه ، أو أخذ القيمة بخلاف اليسير ، قاله مالك فى المدونة ، وعن أشهب ، وابن القاسم فى أحد قوليه : إنما له أخذ القيمة ، أو أخذه

قوله : (ولو كان النقص فى المغصوب بتعديه) يسيرا أو كثيرا ، كأن قطع يده .

وقوله : (بتعديه) أى : الغاصب ، أى : بفعله ولو خطأً ، لأنه كالعمد فى أموال الناس ، احترازا من تعدى الأجنبى ، فإن رب الشيء يخير بين أن يضمن الغاصب القيمة ، ويتبع الغاصب الجانى بأرش الجناية ، أو يأخذ شيأه ويتبع الجانى بأرش الجناية ، وليس له أخذ شيئه واتباع الغاصب بأرش الجناية .

قوله : (يوم التعدى) أراد به الغصب ، لأن كلامنا فى الغصب لا فى التعدى .

قوله : (وقال ج هذه الخ) قال تت : وهو بعيد ، لأن الضمير فى بتعديه للغاصب – كما قررنا – وعلى ما ذكر يعود على غير مذكور اهـ .

قوله : (أن من خرق ثوبا مثلا) ومن ذلك إذا قطع ذنب دابة شخص ذى هيئة ومروءة كقاضى ، أو أمير ، أو قطع أذنها ، أو قطع طيلسانه ، فيخير ربه فى جميع ذلك ، كما قال بين أن يأخذ قيمته يوم التعدى ، أو يأخذ متاعه وما نقص .

قوله : (إفسادا كثيرا الخ) هو ما أفات المقصود منه .

قوله : (فى أخذه وأخذ الخ) أى : فإذا قيل : قيمته عشرة ، يقال : ما قيمته معيبا بما أحدثه المتعدى ؟ فيقال : ثمانية ، فيأخذ من المتعدى درهمين أو يأخذ قيمته ، ويتركه للمتعدى .

قوله : (بخلاف اليسير) أى : فإن اليسير فى باب التعدى لا يوجب تخييرا ، إنما لربه أخذ أرش النقص الحاصل ، وأما اليسير فى باب الغصب ، فإنه يوجب لربه أخذ القيمة ، إن شاء ، واليسير هو الذى لم يفت المقصود منه ، كما إذا تعدى على بقرة شخص ففعل بها فعلا أذهب به لبنها ، لأن البقرة تراد لغير اللبن .

قوله : (وعن أشهب الخ) ضعيف والراجح الأول .

ناقصا ، ولا شيء له معه . وإلى هذا الخلاف أشار بقوله : (وَقَدِ اخْتُلِفَ في ذلكَ)
ك : في بعض النسخ : أيضا ، وهو وهم لأنه لم يحك الخلاف في المسألة الأولى .

وهنا تم الكلام على حكم ما إذا حصل فى المغصوب نقص ، وأما إذا حصل فيه زيادة فلم يذكره ، مثاله : أن يغصب ثوبا فيصبغه ، فربه بالخيار بين أخذ قيمته يوم الغصب وبين أخذ الثوب ، ثم إذا أخذه دفع للغاصب قيمة الصبغ ، قاله فى الجواهر .

ثم شرع يبين غلة المغصوب لمن هي فقال : (وَلَا غَلَّةَ لِلْغَاصِبِ وَيَرُدُّ مَا أَكَلَ مِنْ غَلَّةٍ أَوِ انْتَفعَ) ظاهره : وجوب رد الغلة مطلقا ، سواء كان المغصوب رَبعا ، أو حيوانا ، أو رقيقا أو غير ذلك ؛ وهي رواية أشهب وابن زياد عن مالك .
ك : وظاهر الكتاب : اختصاص الضمان بغلة الرباع دون الرقيق والحيوان ، وهو

قوله : (وهو وهم) أى : لفظ أيضاً ، وهم – بفتح الهاء – أى : غلط .

قوله : (إذا حصل فيه زيادة) أو لم يحصل لا زيادة ولا نقص ، وأما لو نقصه الصبغ فإنه ينزل منزلة العيب السماوى ، فيخير ربه بين أخذه من غير دفع شيء ، وبين أخذ قيمته سالما من هذا النقص .

قوله : (ويرد الخ) أى : يرد قيمته ، أو مثل ما أكل .

وقوله : (أو انتفع) أى : قيمة ما انتفع ، أى : قيمة المنفعة التى انتفع بها .

واعلم : أن ظاهر المصنف : أنه استعمل الذات المغصوبة – وهو كذلك – وأما لو عطّل فلا يغرم للمغصوب شيئا كالدار يغلقها ، والدابة يحبسها ، والأرض يبورها ، والعبد لا يستخدمه هذا فى غصب الذات ، وأما لو غصب المنفعة ويقال له التعدى ، فإنه يضمن قيمة المنفعة ، ولو لم يستعمل ذا المنفعة بل عطله .

قوله : (وظاهر الكتاب الخ) اعلم : أن الخلاف بين القولين فيما إذا انتفع بنفسه أو أكرى .

فحاصل الرواية الأولى : أنه إذا استعمل ما غصبه من رقبة عبد ، أو دابة ، أو أرض ، أو دار ، أو غير ذلك ، أو أكراه ، فإنه يضمن ذلك للمالك .

قول ابن القاسم فى المدونة . وقال ق : قال فى الكتاب : يرد الغاصب ما حدث عنده من ثمرة ، أو نسل حيوان ، أو صوف ، أو لبن ، فإن أكله ، فمثله أو قيمته فى غير المثلى . (وَعَلَيْهِ) أى : الغاصب (الْحَدُّ إِنْ) ثبت ببينة أو إقرار أنه (وَطِئَ الْأَمَةَ) لأنه زان لا شبهة له ألبتة (وَوَلَدُهُ رَقِيقٌ لِرَبِّ ٱلْأَمَةِ) لأن كل ولد نشأ عن زنا ، أو عقد نكاح تابع لأمه فى الملك . ع : انظر هذه الإضافة ، وصوابه لو قال :

ومحصل الثانية : أنه يضمن فى الدور والأرضين إذا سكن ، أو استغل ، أو زرع ، وإلا فلا ؛ ولا يضمن فى الدواب والعبيد ما نشأ عن تحريك حيث استعمل أو أكرى ، وأما ما نشأ عن غير تحريك كسمن ، ولبن ، وصوف ، فإنه يكون للمغصوب منه ، ولا يكون من ما صدقات الغلة .

فملخصه : أن الخلاف فيما نشأ عن تحريكه . **قلت** : ونقل الأقفهسى فيما لم يكن نشأ عن تحريك ، فلا تنافى بين كلام الأقفهسى والفاكهانى ، وقضية كلام بعضهم اعتماد كلام الفاكهانى **قلت** : ويبقى الكلام فى غلة ماعون ونحوه ، فهل يعطى حكم الحيوان أو الرباع ؟ والظاهر : أنه يعطى حكم الرباع ، وحرر .

قوله : (فى الكتاب) ليس هذا المقول هو ما أضيف إليه ظاهر فيما تقدم ، وأما ما يتعلق بالنفقة فالذى اعتمده ابن عرفة : أنه ليس للغاصب الرجوع بشىء مما أنفقه ، لا على رب المغصوب ولا فى غلته التى تكون للمغصوب منه ، وهى الغلة التى لا تكون ناشئة عن تحريك كالسمن ، واللبن ، والجبن ، والثمرة ، والصوف ، وكراء الرباع والعقار ، وأما الغلة التى تكون للغاصب ، وهى ما نشأ عن تحريك الحيوان فى الاستخدام – مثلا – فلا يتعلق بها رجوع ، لأنها له على كل حال .

فصار محصل المسألة : أنه إذا لم يكن لها إلا غلة لم تنشأ عن تحريك : كاللبن ، والسمن ، فقد ضاعت عليه النفقة ، وإما إذا كان لها غلة تنشأ عن تحريك فهى له ، أنفق أو لم ينفق ، كأن كانت تأكل تلك الدابة من كلأ – مثلا – .

قوله : (فإن أكله فمثله) أى : إن كانت مثلية وعلمت وإلا فالقيمة .

قوله : (انظر هذه الإضافة) أى : فى قوله : ولده .

ولدهارقيق إذ لا توارث بينهما (وَلَا يَطِيبُ لِغَاصِبِ المَالِ رِبْحُهُ حَتَّى يَرُدَّ رَأْسَ المَالِ عَلَى رَبِّهِ) ك : يعنى : إذا غصب مالا ، فاتجر فيه ونما فى يديه ، وتعلق بذمته ، كان الربح له ، كما أن الضمان عليه ، ولكنه مكروه لكونه نشأ عن مال لم يطب قلب صاحبه بتقلبه فيه ، فإذا رد رأس المال على وجهه ، واستحل من ربه جاز له ، وطاب بطيب نفس رب المال (وَلَوْ تَصَدَّقَ) الغاصب (بالرِّبْحِ كَانَ أَحَبَّ إِلَى بَعْضِ أَصْحَابِ مَالِكٍ) وهو أشهب ، لعل التصدق به يكون كفارة لما اقترفه من إثم الغصب ، ويؤخذ من قوله : (وَفِى بَابِ ٱلْأَقْضِيَةِ شَىْءٌ مِنْ هَذَا المَعْنَى) أى : من مسائل الغصب ، أنه ألف الكتاب في ذهنه ، وتأمله ، ثم وضعه . وهنا تم الكلام على ثلاثة أرباع الرسالة .

قوله : (ولكنه مكروه) أى : تناول ذلك الربح مكروه .

قوله : (لكونه نشأ الخ) هذا لا ينتج الكراهة بل ينتج الحرمة ، وهو الذى استظهره ابن عمر وغيره ، فيكون الراجح .

وقوله : (من ربه) أى : استحل الربح من ربه ، لا يخفى أن هذا لا يطابق مفاد المصنف ، لأن مفاد المصنف : أنه متى رد رأس المال طاب له الربح أحله أم لا ، وهو ما يفيده التادلى . ومفاد هذا الكلام : أنه لا يطيب له الربح إلا إذا أحله ، ويمكن الجواب : بأن الإحلال زيادة تأكيد فى طيب الربح ، فلا يكون مخالفا لمفاد المصنف ، فتدبر .

قوله : (على وجهه) أى : صفته .

قوله : (ولو تصدق بالربح) أى : بعد رد رأس المال .

قوله : (كان أحب) أى من أكله .

قوله : (يكون كفارة) لما ورد فى الحديث من قوله ﷺ : « ٱلصَّدَقَةُ تُطْفِىءُ ٱلْخَطِيئَةَ كَمَا يُطْفِىءُ ٱلْمَاءُ ٱلنَّارَ » فإن قيل : ندب الصدقة مطلوب من كل أحد ، لأنها خير فلا مفهوم للربح ؟ والجواب : أن المراد بتأكيد الندب فى حق هذا دون غيره مما لا يغصب .

تنبيه : قال ابن ناجى : دل كلام الشيخ على قولين : **أحدهما** : أنه إذا رد رأس المال ، فإنه يطيب له الربح ، ولا يستحب له الصدقة به ، وإليه أشار بقوله : ولا يطيب الخ ، **والثانى** :

....

أنه يستحب له الصدقة به ، وإليه أشار بقوله : ولو تصدق الخ ، قال : وعرضت هذا على شيخنا أبي مهدى فاستحسنه اهـ .

قلت وجعل **تت** المشهور الأول ، وهو أنه إذا رد رأس المال لربه طاب له الربح ، ولا يستحب له التصدق به ، وهو المشهور اهـ .

قوله : (وتأمله) التأمل قبل التأليف ، فالمناسب تقديم قوله : وتأمله ، على قوله : ألفه ، إلا أن الواو لا تقتضى ترتيبا .

* * *

انتهى بحمد الله الجزء الثالث

ويليه الجزء الرابع إن شاء الله وأوله

(باب فى أحكام الدماء والحدود)

فهرس الجزء الثالث
من
كفاية الطالب الربانى

الموضوع — الصفحة

باب فى الجهـــاد
(٥ - ٣٥)

حكم الجهاد ٥
فرائض الجهاد وقسماه ٧
متى يجوز الفرار ومتى لا يجوز ١١
من يقتل من الكفار ومن لا يقتل ١٥
تخميس الغنيمة ١٩
شروط من يستحق الغنيمة ٢٥
التملك بدار الحرب ٢٩
فضل الرباط فى سبيل الله ٣٣

باب الايمان والنذور
(٣٦ - ٧٤)

الايمان ٣٦
الحلف بغير اسم الله أو صفته ٣٧
الاستثناء فى اليمين ٤١
أنواع كفارة اليمين ٥١
حكم نذر الطاعة ونذر المعصية ٥٥

الموضوع	الصفحة
تكرر الكفارة	٦١
حكم المال فى النذر	٦٥
فى نذر المشى إلى الحج أو عمرة	٦٩
من نذر المشى إلى غير المساجد الثلاثة	٧٣

باب النكاح والطلاق
(٧٥ - ٢٠٨)

الموضوع	الصفحة
النكاح والطلاق وما إليهما	٧٥
شروط صحة العقد	٧٧
الصداق لاحد لأكثره وأقله ربع دينار	٨١
لا تزوج الثيب إلاّ برضاها	٨٩
ولى من لا ولى لها	٩١
مراتب أولياء النسب	٩٧
لا يخطب أحد على خطبة أخيه	١٠١
الانكحة الفاسدة وحكمها	١٠٧
المحرمات من النساء تحريما مؤبدا أو مؤقتا	١١٥
أحكام نكاح الإماء	١٢٧
العدل بين النساء	١٣٥
حكم نكاح التفويض	١٤٣
حكم نكاح من أسلم	١٤٥
حكم اللعان	١٥١
حكم نكاح المحلل والمحرم والمريض	١٥٥
كيف تحل المطلقة ثلاثا	١٥٩
الطلاق البدعى والطلاق السنى	١٦٥
حكم الرجعة	١٦٩
الطلاق فى الحيض والنفاس	١٧٣

الموضوع	الصفحة
أحكام الخلع	١٧٧
يستحب للزوج أن يمتع مطلقته	١٨١
العيوب التى ترد بها المرأة	١٨٥
العيوب التى يرد بها الرجل	١٩١
حكم الزوج المفقود	١٩٣
حكم الجمع بين الأختين فى ملك اليمين	١٩٩
طلاق الصبى والمملكة والمخيّرة	٢٠٣

باب الإيلاء

(٢٠٩ - ٢١٤)

الإيلاء ٢٠٩

باب الظهار

(٢١٥ - ٢٢٢)

الظهار ٢١٥

كفارة الظهار ٢١٧

باب اللعان

(٢٢٣ - ٢٣٢)

اللعان ٢٢٣

كيف اللعان ٢٢٥

باب الخلع

(٢٣٣ - ٢٣٦)

حكم الخلع ٢٣٣

الموضوع | الصفحة

باب الرضاع
(٢٣٧ - ٢٤٤)

الرضاع المحرم ٢٣٧
الستة المستثناة من تحرم الرضاع ٢٤٣

باب العدة والنفقة والاستبراء
(٢٤٥ - ٢٨٤)

العدة ٢٤٥
العدة بالشهور ٢٤٧
عدة الأمة القن ٢٥٣
من لزمها الإحداد حرمت عليها الزينة ٢٥٩
سكنى المطلقة واجبة على الزوج ٢٦٣
العرف إرضاع المرأة ولدها من غير أجر ٢٦٧
شروط الحضانة ٢٧١
أهل الحضانة من الرجال والنساء ٢٧٥
من تلزم نفقته من الأقارب ٢٧٩
كفن الزوجة ٢٨٣

باب فى البيوع وماشاكل البيوع
(٢٨٥ - ٤٥٠)

البيوع وماشاكل البيوع ٢٨٥
أركان البيع ٢٨٩
بيع الذهب بالذهب مثلا بمثل ٢٩٣
بيع الطعام المدخر وغيره ٢٩٧

الموضوع	الصفحة
بيع الجنس الواحد مناجزة	٣٠١
النهى عن بيع الطعام قبل قبضه	٣٠٥
البيوع الفاسدة	٣٠٩
تحريم الغش والرد به	٣١٥
الخراج بالضمان	٣١٩
بيع الخيار	٣٢٣
ضمان المبيع فى بيع الخيار	٣٢٥
لا يفرق بين الأم وولدها فى البيع	٣٣١
البيوع الفاسدة	٣٣٥
لا يجوز فى الدين وضيعة ولا زيادة	٣٣٩
تعجيل القرض المؤجل	٣٤٥
بيع الغرر	٣٤٧
لا تجوز بيعتان فى بيعة	٣٥١
بيع المبيع الغائب	٣٥٥
عهدة الرقيق ثلاثة أيام	٣٦١
السلم شروطه وصوره	٣٦٥
بيع الجزاف وشروطه	٣٧٧
بيع الشجر الثمر والنخل المؤبر	٣٨٣
لا يسوم الرجل على سوم أخيه	٣٨٧
الاجارة جائزة	٣٨٩
شروط الجعل	٣٩٥
تعريف الكراء وصوره	٣٩٩
أجرة المعلم والطبيب	٤٠٣
ضمان الصناع	٤٠٧
شركة الابدان جوازها وأركانها	٤١١
أقسام شركة الأموال	٤١٣
شركة المضاربة جائزة	٤١٧

الموضوع	الصفحة
تعريف المساقاة	٤٢١
شروط المساقاة وصور منها	٤٢٧
شروط جواز المزارعة	٤٣٥
تعريف الجائحة والحكم فيها	٤٤١
العرايا	٤٤٥

باب فى الوصايا والمدبّر والمكاتب والمعتق وأم الولد والولاء
(٤٥١ - ٥٠٢)

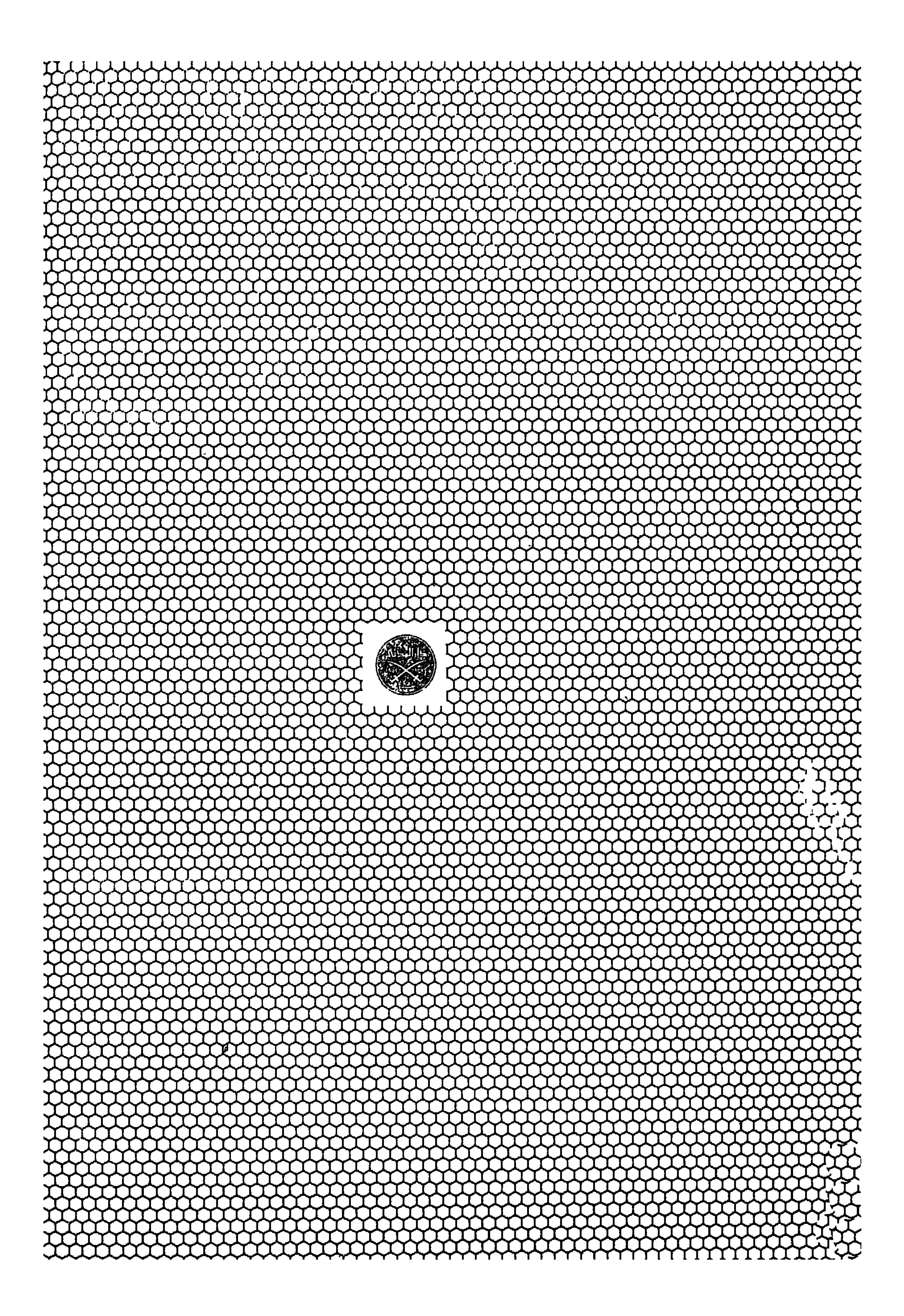
الموضوع	الصفحة
الوصايا	٤٥١
صحة الوصية وممت تصح	٤٥٣
الوصية فيما زاد على الثلث	٤٥٧
للموصى الرجوع عن وصيته	٤٦٣
لا يجوز بيع المدبر	٤٦٧
أركان الكتابة وشروطها	٤٦٩
حكم مال المكاتب وولده	٤٧٣
ولد المكاتب الهالك يؤدى عنه	٤٧٩
لا بيع فى أم الولد	٤٨١
الترغيب فى العتق وأركانه	٤٨٧
من أعتق بعض عبده استتم عليه	٤٩١
تعتق فى الكفارة الرقبة المؤمنة غير ذات نقص	٤٩٥
ميراث الولاء	٤٩٧

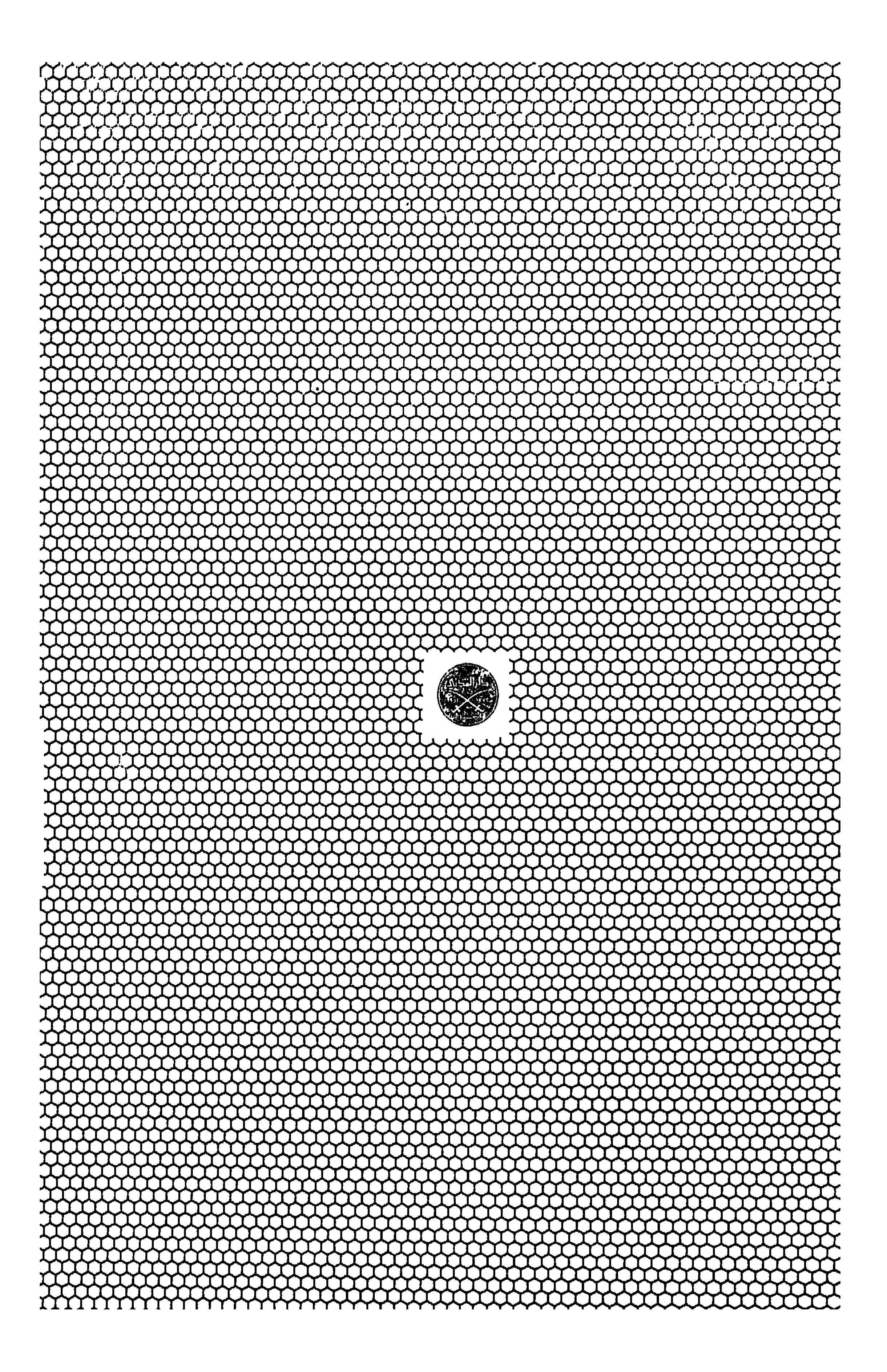
باب فى الشفعة والهبة والصدقة والحُبْس والرهن والعارية والوديعة واللقطة والغصب
(٥٠٣ - ٥٧٧)

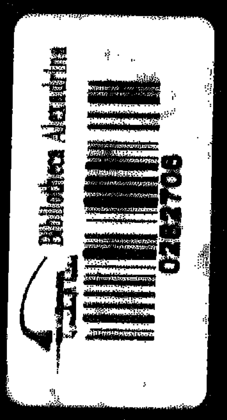
الموضوع	الصفحة
الشفعة	٥٠٣
الشفعة فى العقار القابل للقسمة	٥٠٥

الموضوع	الصفحة
سقوط الشفعة	٥٠٩
لا تتم هبة ولا صدقة ولا حبس الاّ بالحيازة	٥١٣
متى تعتصر الهبة	٥١٧
يكره للمرء أن يهب بعض ولده كل ماله	٥٢٥
تعريف الحبس وحكمه	٥٢٩
حيازة الوقف	٥٣١
حلم العمرى	٥٣٩
تعريف الرهن	٥٤٣
ضمان الرهن	٥٤٧
تعريف العارية وأركانها	٥٤٩
تعريف الوديعة وأركانها	٥٥٣
ضمان الوديعة	٥٥٧
تعريف اللقطة وكيف تكون	٥٦١
الضمان وصور منه	٥٦٧
الغاصب ضامن لما غصب	٥٧١
فهرس	٥٨١

* * *






Bibliotheca Alexandrina
0262706